

OMPI



WCT-WPPT/IMP/1.

ORIGINAL : français

DATE : 3 décembre 1999

F

ORGANISATION MONDIALE DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
GENÈVE

**ATELIER SUR LA MISE EN OEUVRE DU TRAITÉ DE L'OMPI
SUR LE DROIT D'AUTEUR (WCT) ET DU TRAITÉ DE L'OMPI
SUR LES INTERPRÉTATIONS ET EXÉCUTIONS ET LES
PHONOGRAMMES (WPPT)**

Genève, 6 – 7 décembre 1999

EXCEPTIONS ET LIMITES AUX DROIT D'AUTEUR ET DROITS VOISINS

*présenté par Pierre Sirinelli, professeur
Université Paris 1
(Panthéon–Sorbonne)*

2.	L'évolution possible des exceptions	28
I.	LES ESPOIRS D'HARMONISATION	28
II.	PHYSIONOMIE DES EXCEPTIONS DE DEMAIN.....	29
A.	La copie privée numérique.....	29
	<i>a) Les solutions possibles.....</i>	<i>30</i>
	<i>b) Les difficultés de mise en oeuvre d'une "compensation équitable"</i>	<i>31</i>
B.	La "copie technique"	32
	<i>a) Diversité des copies techniques.....</i>	<i>33</i>
	<i>b) Nécessité de distinguer la copie volatile de la copie provisoire</i> <i>("caches" et "browsing").....</i>	<i>34</i>
 <i>DEUXIÈME PARTIE :</i>		
	LES LIMITES EXTERNES	35
1.	Les correctifs à l'usage anormal du droit	36
	Abus du droit	36
	Protection du consommateur	36
	Droit de la concurrence	37
	Droits de la personnalité	37
2.	Les limites tirées de la prise en considération de l'intérêt général	38
A.	Du souci de respecter l'intérêt général	38
B.	De l'influence des droits de l'homme.....	39
	Observations conclusives	44

Introduction

Étudier les exceptions aux droits d'auteur et droits voisins, c'est, en négatif, fixer les contours de la propriété littéraire et artistique et, indirectement, en retrouver le fondement et la philosophie. En fait, le plus souvent, c'est toute la discipline qui est ainsi perçue. Cette étude est naturellement plus modeste et sera cantonnée à l'examen des restrictions aux prérogatives des ayants droit.

NÉCESSITÉ D'UNE HARMONISATION

Ce n'est pas à dire qu'une préoccupation aussi limitée soit sans intérêt. Il est évident qu'il ne servirait à rien de tenter une harmonisation de systèmes concernant le contenu des prérogatives qui sont accordées aux ayants droit sans se préoccuper des limites qu'il convient d'apporter à ces dernières. La révolution numérique conduit à se poser certaines questions. L'exploitation transfrontalière des œuvres est désormais une évidence. Les nouveaux moyens techniques permettent d'abolir l'espace et le temps. Les œuvres ne voient plus leur utilisation limitée à un territoire ou à un bassin linguistique. Nombre d'œuvres (musiques, images, statues, tableaux, œuvres utilitaires...) ne sont de toute façon pas dépendantes de la langue pratiquée par les populations auxquelles elles s'adressent. Les autres, grâce aux capacités de stockage ou de transmission offertes par le numérique, peuvent être proposées simultanément dans divers idiomes.

Trouver un socle commun de règles applicables est donc une nécessité. Trois principaux accords multilatéraux ont pour objet d'assurer une protection internationale du droit d'auteur et des droits voisins : la Convention de Berne (du 9 septembre 1886; acte de Paris du 24 juillet 1971) pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Adde, la convention universelle sur le droit d'auteur signée à Genève le 6 septembre 1952), la Convention de Rome sur les droits des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion (Rome, 26 octobre 1961), et l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (accord ADPIC du 15 avril 1994).

L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle a jugé utile de mener une nouvelle réflexion qui a conduit à l'adoption des Traités du 20 décembre 1996. L'un sur le droit d'auteur et l'autre sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Ce premier travail (mais la réflexion doit être conduite aussi par référence aux Conventions préexistantes) n'a cependant abordé qu'une partie de la question : celle des prérogatives reconnues. La Commission des Communautés européennes, qui bénéficie de ces réalisations et profite de "l'acquis communautaire", tente d'entreprendre (Proposition modifiée de directive du parlement européen et du conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information; dernière version du 21 mai 1999) cette harmonisation en menant, de front, les deux questions des prérogatives accordées et de leurs exceptions. Il est vrai que les deux aspects sont totalement liés et que, par souci de cohérence, il n'est pas indifférent de tenter de déterminer le contenu des droits tant par une approche positive (qu'est ce qui est accordé?) que par une analyse en négatif (qu'est ce qui doit être toléré?). C'est si vrai, qu'en certains cas on ne sait même plus de quel côté de la frontière on se trouve. Ainsi en matière de fixation provisoire, les textes en préparation envisagent de poser la règle selon laquelle ces actes échappent au monopole de l'auteur (voir infra). Mais cette solution pratique peut être juridiquement appréhendée de deux façons différentes. Soit l'on parle d'exception au droit de reproduction (cette prérogative est bien concernée par l'acte

accompli mais s'efface pour certaines raisons). Soit on affirme que ce droit n'est pas mis en cause (l'acte accompli n'entre pas, par nature, dans le champ du droit d'auteur). Dans les faits, le résultat est le même pour celui qui utilise ainsi l'œuvre, mais, pour la cohérence du droit, il n'est pas indifférent de savoir par quelle voie on parvient à la solution retenue.

FLOU ET FLOTTEMENT SÉMANTIQUE

Le terme "exception" n'est pas partagé par l'ensemble des systèmes juridiques. Certes, on le rencontre, par exemple, en Belgique et dans la proposition de directive communautaire sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information (article 5). Mais le même concept est désigné différemment dans d'autres pays. Ainsi, c'est le mot "limite" qui est utilisé en Allemagne ou en Espagne et le terme voisin de "limitations" qui est utilisé en Suède, en Grèce et aux États Unis. En Suisse, on parle de "restrictions", au Royaume-Uni des "actes autorisés" et au Portugal de "libre utilisation". Quant au législateur français, son génie juridique lui permet de ne pas utiliser de terme du tout (grâce au recours à des périphrases : Art. L. 122-5 CPI "Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire...")!!!

En réalité, l'étude confiée au soussigné ne porte que sur les actes accomplis par les utilisateurs d'œuvres qui seraient susceptibles d'échapper au droit exclusif de l'ayant droit. Toutefois le flottement terminologique est intéressant en ce qu'il invite à s'interroger sur la construction de la discipline. On ne peut étudier les exceptions aux droits d'auteur et connexes (ou voisins) sans comprendre l'équilibre général de ces propriétés intellectuelles.

EXCEPTIONS ET LIMITES

Il est impossible d'aborder la question des exceptions aux droits d'auteur et droits voisins sans la replacer dans le contexte plus large des limites à ces droits. Le terme "limites" signifie tout autant "frontières" ou "restrictions" qu'"exceptions". Chacune de ces notions désigne, en fait, un paramètre fondamental de la discipline. Il s'agit dans ces trois cas de déterminer le champ de l'opposabilité de la propriété intellectuelle. Les frontières essayent de fixer les limites entre la "zone de réservation" et celle de libre reprise des éléments. Il s'agit de comprendre ce qui, par nature, rentre dans le champ de la protection. Ainsi, pour le droit d'auteur, elles permettent de savoir que, normalement, seules les créations de forme originales peuvent bénéficier de la protection. Il s'agit donc de marquer le territoire de la réservation. Les restrictions ou exceptions, elles, fixent les limites intérieures de la discipline. Elles concernent plus volontiers les actes relatifs aux éléments protégés. Il s'agit alors de savoir ce qui échappe à la réservation naturelle et doit être toléré par les ayants droit. Il arrive que l'on désigne parfois sous le terme d'"exception" les décisions législatives qui soustraient certaines créations de forme originales au monopole de l'ayant droit (exemples, textes de lois ou décisions de justice) mais, pour l'essentiel, il s'agit bien de déterminer les utilisations d'éléments protégés qui ne sont pas soumises à autorisation ou rémunération.

Cette vision élargie déborde le cadre strict de cette étude et ne sera pas approfondie. Elle doit, cependant, être toujours présente à l'esprit car elle permet de comprendre que la construction générale est en réalité un équilibre subtil reposant sur ces paramètres. Elle incite à la prudence car on ne peut régir l'un de ces paramètres sans prendre en considération le contenu des autres. Ainsi, et sans anticiper sur les développements ultérieurs, on ne peut que remarquer que l'admission (contestée par certains car n'apparaissant pas comme naturelle) dans le champ de la protection de certaines créations utilitaires comme les programmes

d'ordinateur, s'est aussitôt accompagnée de limites importantes aux prérogatives accordées aux ayants droit.

Enfin, il faut prendre conscience que si le droit d'auteur a souvent été proclamé "propriété sacrée" il n'est pas dit que sa souveraineté soit absolue de telle sorte que tout autre droit doive lui céder le pas. Bien au contraire, le droit d'auteur secrète en son sein ses propres limites et, droit spécial, doit s'inscrire harmonieusement dans tout un système juridique, c'est à dire, se plier également à la logique des Principes Généraux du Droit. Pour reprendre un cadre proposé par les organisateurs de cette réunion c'est successivement des limites internes (Première Partie) et des limites externes (Deuxième Partie) qu'il sera question, même si souvent les unes empruntent les mêmes justifications que les autres.

PREMIÈRE PARTIE : LES LIMITES INTERNES À LA PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Si l'on devait user d'une terminologie plus précise, sans doute serait-il bienvenu de parler de "limitation" lorsque l'on est en présence d'un droit à rémunération et d'"exception" lorsqu'il n'y a plus du tout de droit d'auteur ou de droits connexes. Mais le poids des habitudes est tel et la diversité des législations si importante que les deux mots sont souvent employés indifféremment pour désigner des restrictions apportées au droit exclusif, lequel est normalement la règle en droit d'auteur. L'atteinte n'a pourtant pas la même ampleur ni les mêmes conséquences. Il convient, en tout cas, de bien distinguer les hypothèses de restrictions (compensées par un droit à rémunération), et qui portent parfois le nom de «licences», des cas de gestion collective même obligatoire (nonobstant ce que pensent certains esprits malicieux).

La vraie question est celle de savoir si la délicate construction qui a été bâtie au 19ème siècle garde encore sa pertinence. Faut-il au contraire songer à repenser la matière, notamment en raison de la "révolution numérique"? Pour le savoir il faut procéder par étapes. D'abord tenter de dégager la physionomie générale du droit positif (§ 1). Ensuite, envisager ce que pourraient être les points de convergence pour une construction future commune. (§ 2).

1. Physionomie générale du droit positif

Il est impossible, dans le cadre de pareille étude, d'avoir une vision exacte des différents systèmes d'exceptions retenus dans le monde. Une thèse n'épuiserait pas la question car, au-delà du donné légal, il faudrait comprendre comment chacun des systèmes est effectivement mis en œuvre. On ajoutera que la "sédimentation" de règles, issues d'interventions législatives successives et du travail des groupes de pression, rend chacun de ces systèmes peu compréhensible au premier abord. Plus la loi fondamentale du pays est ancienne et moins l'ensemble apparaît cohérent ou justifié à la première lecture. Ce sont davantage les grands axes qui peuvent être exposés. La vision peut être, alors, accusée de myopie mais, au moins, se dessinent les traits fondamentaux de la matière. En fait, pour pouvoir envisager une unification de la discipline, il faut d'abord comprendre ce qu'est aujourd'hui le socle commun sur le plan international (A) et pouvoir essayer de répondre simplement à quelques questions fondamentales (B).

A. Les bases internationales

Il s'agit, ici, de tenter de trouver le minimum commun imposé par les différents Traités ou Conventions. Le moins que l'on puisse dire est que le socle commun n'est pas bien large. C'est sans doute ce qui explique la grande diversité des solutions nationales. Il est même délicat de trouver nombre de solutions transversales qui s'appliqueraient de la même façon aux différentes prérogatives accordées aux auteurs et titulaires de droits connexes. Bien que cette présentation soit, fort justement, en voie de disparition (voir la Proposition modifiée de directive du parlement européen et du conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information), seront rapidement exposées les solutions actuelles en matière de droit d'auteur (I) puis celles retenues sur le terrain des droits voisins ou connexes (II)

I. SOLUTIONS DE DROIT D'AUTEUR

Le point de départ sera la Convention de Berne puis seront rapidement évoqués les Traités adoptés ultérieurement.

La Convention de Berne impose peu de solutions aux États membres. La rédaction des différentes dispositions en témoigne puisque nombre d'entre elles s'ouvrent par la phrase suivante : "Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de ...". En outre, la numérotation, conservée, des dispositions montre bien que la construction s'est faite, comme dans nombre de législations nationales, par étapes. C'est dire l'embarras à trouver des solutions communes aux prérogatives ou la difficulté à conserver une certaine cohérence. Le constat ne doit pas étonner puisqu'il s'est agi de trouver, peu à peu, des solutions admissibles par tous. Néanmoins il paraît bien délicat au lecteur peu spécialisé de s'y retrouver.

S'agissant du droit de reproduction le siège de la matière est aux articles 9, 10, 10bis¹ :

Article 9

- 1) Les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques protégés par la présente Convention jouissent du droit exclusif d'autoriser la reproduction de ces œuvres, de quelque manière et sous quelque forme que ce soit.*
- 2) Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction desdites œuvres dans certains cas spéciaux, pourvu qu'une telle reproduction ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.*
- 3) Tout enregistrement sonore ou visuel est considéré comme une reproduction au sens de la présente Convention.*

¹ Réserve faite de la question des licences obligatoires en faveur des pays en voie de développement.

Article 10

- 1) *Sont licites les citations tirées d'une œuvre déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.*
- 2) *Est réservé l'effet de la législation des pays de l'Union et des arrangements particuliers existants ou à conclure entre eux en ce qui concerne la faculté d'utiliser licitement, dans la même mesure justifiée par le but à atteindre, des œuvres littéraires ou artistiques à titre d'illustration de l'enseignement par le moyen de publications, d'émissions de radiodiffusion ou d'enregistrements sonores ou visuels, sous réserve qu'une telle utilisation soit conforme aux bons usages.*
- 3) *Les citations et utilisations visées aux alinéas précédents devront faire mention de la source et du nom de l'auteur, si ce nom figure dans la source.*

Article 10 bis

- 1) *Est réservée aux législations des pays de l'Union la faculté de permettre la reproduction par la presse, ou la radiodiffusion ou la transmission par fil au public, des articles d'actualité de discussion économique, politique ou religieuse, publiés dans des journaux ou recueils périodiques, ou des œuvres radiodiffusées ayant le même caractère, dans les cas où la reproduction, la radiodiffusion ou ladite transmission n'en est pas expressément réservée. Toutefois, la source doit toujours être clairement indiquée ; la sanction de cette obligation est déterminée par la législation du pays où la protection est réclamée.*
- 2) *Il est également réservé aux législations des pays de l'Union de régler les conditions dans lesquelles, à l'occasion des comptes rendus des événements d'actualité par le moyen de la photographie ou de la cinématographie, ou par voie de radiodiffusion ou de transmission par fil au public, les œuvres littéraires ou artistiques vues ou entendues au cours de l'événement peuvent, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre, être reproduites et rendues accessibles au public.*

De l'étude générale des dispositions de la Convention de Berne, il ressort que la Convention impose un petit nombre d'exceptions obligatoires à propos des nouvelles du jour, des faits divers et des citations (article 10.1 & 10.3). Pour le reste, la Convention autorise les États membres à adopter plusieurs exceptions (facultatives, donc), en faveur notamment des reproductions réalisées à des fins informatives et éducatives. Ces exceptions sont applicables à la plupart des droits mais renvoient à des "standards" pour en fixer les limites. C'est ainsi que ces textes autorisent uniquement les utilisations qui correspondent aux cas prévus et qui sont compatibles avec les bons usages. Concrètement, la Convention n'est, alors, intervenue que pour obliger les pays faisant usage de cette faculté à subordonner la liberté accordée au respect d'un certain nombre de conditions.

L'article 9.2 de la Convention de Berne autorise, en outre, les États membres à appliquer des limitations au droit de reproduction dans "certains cas spéciaux". Cette faculté s'inscrit, cependant, dans un cadre qui permet d'en limiter les effets néfastes pour les auteurs ou ayants droit. Il faut que la reproduction ainsi tolérée "ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur". La formule

pourrait paraître floue à une personne ignorante de la matière mais tire justement sa force de la souplesse qu'elle offre. Les trois conditions cumulatives qu'elle impose pour que soit admise l'exception au droit exclusif sont désormais connues sous le nom de "test des trois étapes".

Les exceptions aux droits exclusifs liés à la représentation sont assez proches de celles admises en matière de reproduction (besoins de l'information, enseignement...). Cependant, la liberté d'usage privé paraît plus largement admise (par interprétation des textes qui font référence à la représentation publique) tandis que les "cas spéciaux", introduits en 1971, à l'article 9.2 ne concernent que la seule reproduction.

C'est sans doute dans la mesure du "test des trois étapes" que l'on peut trouver l'une des clés des constructions à venir. De ce point de vue, on ne peut que se réjouir de ce que ce test ait été étendu, dans l'Accord ADPIC, à toutes les exceptions relatives au droit d'auteur (voir, infra).

L'article 13 de ce texte (intitulé : "limitations et exceptions") dispose en effet que : *"Les Membres restreindront les limitations des droits exclusifs ou exceptions à ces droits à certains cas spéciaux qui ne portent pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni ne cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du détenteur du droit"*.

La même solution a été adoptée dans l'article 10 (également intitulé "limitations et exceptions") du Traité OMPI du 20 décembre 1996 relatif au droit d'auteur. Ce texte précise en effet que :

"1) Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".

Certes, ces nouveaux textes ne donnent pas de précisions sur ce que devraient être les exceptions admissibles. On peut même douter qu'ils permettent une éventuelle harmonisation puisqu'ils paraissent autoriser les parties contractantes à conserver et à définir de nouvelles exceptions et limitations appropriées à l'environnement numérique dès lors que celles-ci sont conformes aux normes définies par la Convention de Berne. Mais, au moins, ont-ils le mérite de généraliser le mode de raisonnement et d'imposer les États à relire (et à modifier) leur législation en fonction de cette nouvelle norme de référence généralisée que constitue le "test des trois étapes".

II. SOLUTIONS DE DROITS VOISINS OU CONNEXES

Les limitations applicables aux droits voisins prévues par la Convention de Rome du 26 octobre 1961 paraissent plus larges, notamment s'agissant de l'usage privé, de l'utilisation de courts extraits dans le cadre de comptes rendus d'événements d'actualité, de la fixation éphémère par un organisme de radiodiffusion et l'utilisation exclusive à des fins éducatives et de recherche scientifique. Au surplus les exceptions qui ont été admises en matière de droit d'auteur doivent être considérées comme applicables aux droits voisins. On comprendrait mal qu'une œuvre échappe au monopole de l'auteur mais soit soumise à autorisation des titulaires de droits voisins. En outre, la Convention ne prévoit pas de norme de référence. Aucune disposition ne contient de renvoi à une mesure des effets des exceptions semblable à celle qui existe dans la Convention de Berne à l'article 9.2 ("test des trois étapes").

L'Accord ADPIC, qui pourtant généralisait ce test en l'étendant à toutes les exceptions ou restrictions au droit d'auteur, ne prévoit nulle part semblable mesure en matière de droits connexes. Le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes ne cite pas d'exceptions particulières mais, progrès notable, impose le "test des trois étapes" pour toutes les exceptions relatives aux droits conférés aux artistes interprètes ou exécutants et aux producteurs de phonogrammes (article 16). Comme en droit d'auteur, cette disposition laisse aux parties contractantes la faculté de conserver et de définir de nouvelles exceptions et limitations appropriées à l'environnement numérique dès lors qu'il "*n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'interprétation ou exécution ou du phonogramme ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'artiste interprète ou exécutant ou du producteur du phonogramme*".

La recherche du "socle commun" est donc bien délicate.

Néanmoins, on peut se demander si, l'Accord ADPIC aidant et le principe d'une protection internationale étant solidement admis, il ne conviendrait pas d'envisager des solutions plus directives. Les buts recherchés ne sont plus exactement les mêmes. Les efforts déployés au 19^{ème} siècle et dans la première partie du 20^{ème} siècle tendaient à imposer la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle partout dans le monde et à attirer le plus d'États possibles dans le champ de la Convention. Cet objectif est en grande partie atteint. C'est désormais moins le principe de protection qui est en cause qu'un minimum d'harmonisation. De ce point de vue, il est intéressant de noter que la Proposition modifiée de directive du parlement européen et du conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information a opté pour une technique qui consiste à rendre obligatoires certaines solutions (article 5.1) et facultatives celles pour lesquelles l'unification est moins urgente sans, toutefois, que les États membres puissent retenir des solutions autres que celles qui sont proposées dans une liste fermée (articles 5.2 & 5.3).

Dans sa version du 21 mai 1999, ce texte prévoit :

"Article 5

Exceptions aux actes soumis à restrictions définis aux articles 2, 3 et 4

1. *Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, tels que les actes de reproduction transitoires et accessoires, qui constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique, y compris ceux qui facilitent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un*

autre objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit prévu à l'article 2.

2. *Les États membres ont la faculté de prévoir des limitations au droit de reproduction exclusif prévu à l'article 2 dans les cas suivants:*

a) *lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur papier ou sur support similaire, à l'exception d'éditions d'œuvres musicales, au moyen de toute technique photographique ou par tout autre procédé ayant des effets similaires, à la condition que les ayants droit reçoivent une compensation équitable;*

b) *lorsqu'il s'agit de reproductions effectuées sur support analogique d'enregistrement sonore, visuel, ou audiovisuel, par une personne physique pour un usage privé et strictement personnel et à des fins non commerciales, à la condition que les ayants droit reçoivent une compensation équitable;*

b bis. lorsqu'il s'agit de reproductions sur support numérique d'enregistrement, sonores, visuels ou audiovisuels par une personne physique pour un usage privé et strictement personnel et à des fins non commerciales, sans préjudice de moyens techniques opérationnels, fiables et efficaces visant à protéger les intérêts des ayants droit; pour toute copie privée sur support numérique il conviendra toutefois de garantir une compensation équitable au bénéfice de tous les ayants droit;

c) *lorsqu'il s'agit d'actes de reproduction spécifiques effectués à des fins d'archivage ou de conservation par des établissements qui ne visent à l'obtention d'aucun avantage économique ou commercial, direct ou indirect, tels que les bibliothèques et les archives et autres institutions pédagogiques, éducatives ou culturelles.*

d) *lorsqu'il s'agit de fixations éphémères réalisées par des organismes de radiodiffusion par leurs propres moyens et pour leurs propres émissions;*

3. *Les États membres ont la faculté de prévoir des limitations aux droits visés aux articles 2 et 3 dans les cas suivants:*

a) *lorsqu'il s'agit d'une utilisation uniquement à des fins d'illustration de l'enseignement ou de recherche scientifique, toujours sous réserve d'indiquer la source et dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi, à condition que les ayants-droit reçoivent une compensation équitable;*

b) *lorsqu'il s'agit d'utilisations au bénéfice de personnes affectées d'un handicap, qui sont directement liées au handicap en question et sont de nature non commerciale, dans la mesure requise par le dit handicap;*

c) *lorsqu'il s'agit de l'utilisation d'extraits afin de rendre compte d'événements d'actualité, toujours sous réserve d'indiquer la source et, si possible, le nom de l'auteur, dans la mesure justifiée par le but d'information à atteindre et par l'illustration de l'événement pris en considération;*

d) *lorsqu'il s'agit de citations faites, par exemple, à des fins de critique ou de revue pour autant qu'elles concernent une œuvre ou un autre objet ayant déjà été licitement mis à la disposition du public, que la source et, si possible, le nom de l'auteur soient indiqués et*

qu'elles soient faites conformément aux bons usages et dans la limite justifiée par l'objectif poursuivi;

e) lorsqu'il s'agit d'une utilisation à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement d'une procédure administrative, parlementaire ou judiciaire, ou pour assurer une couverture adéquate de ladite procédure.

3bis. lorsque les États membres peuvent prévoir une exception au droit de reproduction en vertu du paragraphe 2 ou 3, ils peuvent également prévoir une exception au droit de distribution visé à l'article 4 dans la mesure où celle-ci est justifiée par le but de la reproduction permise;

4. Les exceptions et limitations prévues aux paragraphes 1, 2, 3 et 3bis ne sont applicables qu'à certains cas spécifiques et ne peuvent être interprétées de façon à permettre leur application d'une manière qui cause un préjudice injustifié aux intérêts légitimes des titulaires de droits ou qui porte atteinte à l'exploitation normale de leurs œuvres ou autres objets”.

Sans tenter un commentaire détaillé de chacune des dispositions on peut faire quelques observations relatives à ce texte.

Premièrement, il faut constater qu'il use, dans son article 4, du “test des trois étapes” qui devient bien la norme de référence incontournable.

Deuxièmement, il convient de noter que le travail de réflexion est mené avec un effort maximal de généralisation en ce que la directive traite conjointement les droits d'auteur et les droits voisins.

Troisièmement, que l'effort de généralisation porte également sur les prérogatives concernées puisque l'article 5.3 tente de trouver des solutions communes à tous les droits chaque fois que cela est possible (voir article 5.2 pour les exceptions propres au droit de reproduction).

Dans le fond la Convention idéale (rêve d'universitaire naïf) serait celle qui permettrait une présentation en “entonnoir”. D'abord les principes qui peuvent être communs aux deux branches de la discipline (droits d'auteur et droits connexes); Ensuite ceux qui pourraient s'appliquer à toutes les prérogatives accordées; Enfin, et seulement enfin, les solutions particulières. L'ensemble restant placé sous le “chapeau” d'une mesure identique : le test des trois étapes.

La méthode aurait peut être l'inconvénient d'un accès délicat pour celui qui cherche une solution en une seule lecture mais elle présenterait l'avantage d'imposer des lignes directrices et de respirer la logique et la cohérence.

B. Les questions fondamentales

Chacun des systèmes juridiques s'est bâti sur la recherche d'un équilibre entre trois finalités sociales. En premier lieu, le souci d'accorder une récompense ou des moyens de subsistance à l'auteur. Ce dernier a naturellement le droit d'être propriétaire du produit de son travail et cela d'autant plus, en droit d'auteur, que l'œuvre porte l'empreinte de sa

personnalité. Et si cette justification ne suffisait pas il faudrait ajouter que la fonction incitative du droit de propriété individuel a une conséquence heureuse puisque cela permet indirectement d'enrichir le patrimoine de l'Humanité. En deuxième lieu, apparaît le souci d'assurer la protection des investissements. Ce n'est pas à dire que cette préoccupation soit aussi forte que la première mais il est impossible d'en ignorer l'existence. Enfin, on ne peut négliger un troisième objectif, la recherche de l'intérêt public. Cette dernière préoccupation recouvrant, du reste, des réalités tout à la fois distinctes et mouvantes. Mais force est de constater la proclamation actuelle de la satisfaction des besoins des utilisateurs.

Cette démarche est clairement prononcée dans certains systèmes comme en droit américain. Mais au-delà de l'aveu explicite d'une telle recherche, il semble que la "balance des intérêts" est bien présente dans tous les systèmes même lorsque le droit d'auteur est rattaché à un droit de propriété à valeur constitutionnelle. Ce qui change, et la différence est de taille, c'est la place du point d'équilibre, le "centre de gravité" des systèmes. Il est clair que le champ des exceptions au droit d'auteur est l'un des révélateurs de ces équilibres et donc de la philosophie des systèmes.

En fait s'interroger sur les limites au droit d'auteur et droits connexes c'est tenter de répondre à trois questions élémentaires : quoi ? (1), comment? (2) et pourquoi? (3). La démarche naturelle de l'esprit devrait conduire à se poser d'abord, et simultanément, les questions "quoi?" et "pourquoi?". Le choix qui se pose au législateur est alors celui de savoir s'il doit intervenir. L'interrogation "comment?" est une question plus technique et tient davantage à l'art législatif. Néanmoins, dans la mesure où il ne s'agit, ici, que d'une lecture *a posteriori* et parce que l'étude ne peut aucunement être exhaustive, c'est dans un autre ordre que les interrogations seront envisagées. En effet, la réponse à la question "pourquoi?" conduira à envisager de nouvelles solutions.

I. QUOI?

Quelles exceptions admettre? Quelles sont celles qui sont déjà retenues par les différentes législations nationales?

Nulle synthèse n'est, ici, possible. La souplesse laissée par les textes internationaux a entraîné un foisonnement d'exceptions (parfois pittoresques comme en témoigne le texte italien relatif aux fanfares militaires). L'idée générale partagée par les différents systèmes est que, si des exceptions doivent indiscutablement exister et permettre un équilibre interne de notre discipline, le principe demeure, a priori, le droit exclusif.

Le reste est plus flou. Seules quelques exceptions seront rapidement envisagées (b) après qu'ait été donnée une première vue de la diversité de solutions (a).

a) *Diversité des solutions retenues*

Il suffit, pour se rendre compte du foisonnement de solutions diverses, de renvoyer à l'exposé des motifs de la première rédaction de la Proposition de directive communautaire sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (version du 10 décembre 1997). Dans le chapitre 3 intitulé "questions particulières liées à l'harmonisation", l'état des solutions relatives aux restrictions apportées au droit de reproduction est ainsi présenté :

“3. L'étendue du droit de reproduction dépend aussi des limitations et des exceptions qui lui sont appliquées. Il existe, à cet égard, de nombreuses différences entre les législations des États membres. Par exemple, certains États membres (le Royaume-Uni et l'Irlande) prévoient, dans leur législation, une exception générale de “fair dealing” (l'autorisation de certains actes de reproduction sans rémunération) applicable aux reproductions réalisées à des fins de recherche, d'étude privée, de critique, de compte rendu d'événements d'actualité. Des exceptions similaires existent également dans d'autres États membres (tels que la Suède, la Belgique, l'Allemagne et la Grèce), mais elles y sont définies de manière plus restrictive. Les exceptions applicables aux reproductions réalisées à des fins éducatives et scientifiques constituent une autre catégorie importante existant dans la plupart des législations nationales, mais l'étendue de ces exceptions varie considérablement d'un État membre à l'autre. Dans certains États membres, les exceptions applicables aux reproductions réalisées à des fins éducatives autorisent la copie d'œuvres entières ; dans d'autres, seules les reproductions de certains types d'œuvres ou de certaines parties d'une œuvre sont autorisées à titre de support de cours ou d'examen. Les différences sont encore plus nombreuses en ce qui concerne les exceptions en faveur d'établissements publics, tels que les bibliothèques et les archives, étant donné que les conventions internationales ne prévoient pas de normes minimales internationales dans ce domaine. Dans certains États membres, alors qu'il n'existe pas d'exceptions particulières en faveur des bibliothèques (par exemple, en Allemagne, en Belgique, en France, etc.), ces établissements peuvent bénéficier des exceptions générales applicables aux reproductions réalisées à des fins éducatives ou pour un usage privé. D'autres États membres (tels que le Royaume-Uni, l'Autriche, la Suède, la Finlande, le Danemark, le Portugal, la Grèce, etc.) ont défini des exceptions spécifiques autorisant les bibliothèques et les archives à utiliser des objets protégés, mais ces dispositions varient considérablement d'un État membre à l'autre et ne s'appliquent pas nécessairement à l'utilisation de contenus numérisés. En ce qui concerne justement l'utilisation par les bibliothèques de contenus numérisés, aussi bien en ligne que hors ligne, un certain nombre d'États membres, en particulier le Royaume-Uni où les privilèges accordés aux bibliothèques sont les plus importants, prennent actuellement des mesures en vue de parvenir à des solutions contractuelles plus flexibles.

4. La quasi-totalité des États membres prévoient, dans leur législation, une exception au droit exclusif de reproduction en faveur de la copie à usage privé de produits sonores et audiovisuels. Cette exception résulte essentiellement du fait que, dans la pratique, le droit exclusif de reproduction n'est pas applicable dans ce domaine, ainsi que de l'idée qu'il n'était pas souhaitable d'essayer d'appliquer un droit exclusif dans un domaine privé pour des raisons de respect de la vie privée.

Compte tenu de l'importance économique considérable que revêt la “copie privée” d'objets protégés par le droit d'auteur, onze des quinze États membres ne prévoient pas “d'exception gratuite” mais ont mis en place une “licence légale” assortie d'un droit à rémunération (“système de prélèvement”) pour dédommager les titulaires de droits ayant renoncé à leur droit exclusif de reproduction. Ces systèmes ont des champs d'application et des modes de fonctionnement très différents les uns des autres. L'importance économique des recettes provenant de la copie privée est considérable .

De manière générale, les législations nationales relatives à la copie privée ne font pas de distinction entre la technologie analogique et la technologie numérique.

Actuellement, seul un État membre, le Danemark, ne prévoit pas de dérogation, au titre de la copie privée, en faveur de la copie d'objets protégés incorporés dans des médias

numériques, indépendamment du fait que la technologie utilisée soit numérique ou analogique. Les données chiffrées montrent que, parallèlement au développement de l'environnement numérique, la copie privée analogique demeurera un marché important au moins pendant les cinq à quinze années à venir.

5. *Au cours de ces dernières années, la majorité des États membres a également prévu une exception au droit de reproduction, assortie d'un droit à rémunération, en faveur des reproductions par photo-impression ("reprographie"). La justification de cette exception est la même que celle avancée pour l'exception en faveur de la copie privée de produits sonores et audiovisuels. Les systèmes de prélèvement en place ne présentent pas de différences notables.*

6. *Presque toutes les législations nationales prévoient une série d'autres exceptions et limitations au droit exclusif de reproduction et, dans une moindre mesure, aux droits de distribution et de communication au public. Il s'agit notamment de diverses exceptions spécifiques, bien que très différentes les unes des autres, applicables aux reproductions réalisées à des fins éducatives ou scientifiques et aux reproductions destinées aux bibliothèques et aux archives. En dehors de ces cas, de nombreuses législations nationales prévoient un grand nombre d'autres exceptions qui revêtaient, au moins dans l'environnement traditionnel, une importance économique bien plus limitée. Elles consistent, par exemple, à autoriser la reproduction de courts extraits d'œuvre dans les domaines suivants: comptes rendus d'événements d'actualité, critique, utilisation par des personnes affectées de handicaps, sécurité publique et procédures administratives ou judiciaires".*

Le même constat doit être fait à propos du droit de communication au public :

"3. Il existe aussi de grandes différences entre les États membres en ce qui concerne les limitations et les exceptions appliquées à l'exercice du droit de communication (ou d'un droit connexe), qui sont, pour un certain nombre d'utilisations (notamment à des fins éducatives, informatives et de recherche, et en faveur des bibliothèques et des archives) les mêmes que celles applicables au droit de reproduction (voir Chapitre 3 sous I sous a.). Certains États membres ne prévoient cependant aucune exception applicable au droit de communication au public en faveur des bibliothèques et des archives (par exemple, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Espagne et le Luxembourg). De plus, lorsque des limitations existent, il est très difficile de savoir lesquelles seront applicables dans le nouvel environnement numérique et, en particulier, dans le domaine de l'exploitation en ligne "à la demande" de contenus protégés. Étant donné que l'exception en faveur des bibliothèques est dans la plupart des cas limitée à certaines formes de copie et de distribution physique de contenus protégés, il semble qu'un grand nombre d'États membres (Italie, Suède, Danemark, Grèce, Portugal, Autriche, Belgique, Finlande, France, Luxembourg et Espagne) n'exemptent pas en général la fourniture en ligne de contenus protégés à des utilisateurs isolés du droit exclusif de communication au public. Dans les autres États membres (Allemagne, Pays-Bas, Royaume-Uni et Irlande), la situation est moins claire.

Étant donné l'importance économique considérable que revêt l'utilisation d'œuvres numérisées par les bibliothèques et les établissements similaires ainsi que par leurs abonnés, un certain nombre de projets relatifs aux bibliothèques ont été entrepris afin de parvenir à de nouvelles solutions faisant intervenir des licences de type contractuel. Leur objectif est d'assurer un contrôle adapté ainsi qu'une rémunération équitable aux titulaires de droits concernés, tout en permettant aux utilisateurs de contenus protégés, tels que les bibliothèques à but non lucratif, de proposer des services d'information plus efficaces et à un prix

abordable. Les premiers résultats sont apparemment encourageants, étant donné qu'il semble possible de parvenir à des solutions satisfaisant toutes les parties concernées, y compris les bibliothèques."

La diversité des solutions peut être décourageante. Une synthèse internationale est encore plus compliquée dans la mesure où les différents États de la planète ne sont pas unis par une histoire commune comme les Pays de l'Union européenne. En outre, la diversité des moyens et des besoins, au-delà des différences culturelles ou économiques, contribue à renforcer les divergences. La commission européenne concluait à la "nécessité d'agir". L'observation est encore plus vraie pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle. La tâche est cependant plus délicate. Pays "producteurs" d'œuvres et pays "consommateurs" de créations n'ont pas la même approche. Et même au sein des premiers, les utilisateurs exigent de plus en plus de "concessions" quand il ne s'agit pas de la reconnaissance de droits.

b) Exemples d'exceptions retenues

Pour illustrer la diversité des approches et des solutions entre les systèmes, il suffit de prendre le cas, pour lequel l'accord semblait pourtant le plus facile à réunir, des copies privées. Quelques mots doivent également être dits de certains usages publics tolérés.

Copies privées

L'exception de copie privée paraît, en première lecture, une solution universelle. Pourtant, elle est admise sous des formes bien différentes et un certain nombre de questions demeurent ouvertes.

Le principe de liberté de copie privée est admis dans presque tous les systèmes mais sous des formes ou énonciations bien différentes.

Il peut d'abord découler implicitement de la présentation du monopole de l'auteur et des "actes soumis à restriction". De l'exigence d'une reproduction à usage public (présente dans presque toutes les législations; voir, par exemple, l'article L.122-3 CPI français), il faut déduire, a contrario, que la copie privée n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur.

Dans d'autres pays, la liberté découle, sans difficulté, de l'admission d'une exception générale. C'est le cas, par exemple, aux États-Unis avec l'exception de "fair use" (voir infra) puisque la législation américaine tient compte de la finalité de l'utilisation et semble admettre la copie privée dans les cas où elle ne constitue pas une pratique généralisée de nature à faire concurrence à l'exploitation d'un marché potentiel de l'œuvre.

Dans d'autres États, la solution de liberté est expressément posée par le législateur dans la liste des exceptions aux droits d'auteur. (C'est le cas, par exemple de la France, article L.122-5 CPI; de l'Allemagne, article 53.1 de la loi du 9 septembre 1965; du Portugal, article 81b) du Code du 17 septembre 1985) ou de la Tunisie. On remarquera que, pour la France, la solution est, ainsi, énoncée deux fois. La deuxième permet de mieux en fixer les contours).

Enfin, dans d'autres pays, elle se déduit d'exceptions qui paraissent plus spéciales. Il s'agit alors d'explorer les voies du "fair dealing" (exemples, copie à des fins d'études

personnelles ou de recherche; voir infra.) de certaines législations de copyright, (article 29.2 a) de la loi canadienne, l'article 29.1 de la loi britannique – voir infra – ou, pour l'heure, l'article 40 de la loi australienne). Ainsi, au Canada, il est possible de réaliser une copie privée tant d'une œuvre existant déjà sur un support matériel que d'une création non préalablement fixée sur pareil support (émission radiophonique par exemple). La copie privée suppose une seule reproduction de l'œuvre (unicité de l'exemplaire reproduit) et l'utilisation véritablement privée (ce qui exclut toute reproduction destinée à une distribution ou communication au public ou poursuivant un but commercial).

Reste que l'accord paraît moins réel dès lors qu'il s'agit d'opérer une éventuelle distinction suivant que la copie est numérique ou non. La plupart des États ne connaissent aucune différence de ce chef. Néanmoins les États de l'Union européenne admettent, à côté d'un principe de liberté de copie privée et à la suite de directives (10 mai 1991 et 11 mars 1996), que les copies privées de logiciels (sauf copie de sauvegarde; certes la directive n'opère pas la distinction expressément mais la question n'a véritablement de sens que pour les copies numériques de programmes d'ordinateur) et de bases de données électroniques sont interdites. En outre, le Danemark connaît des solutions plus générales à propos des copies numériques (article 12 alinéa 4 de la loi danoise relatif aux copies numériques d'œuvres existant sous une forme numérisées).

Au surplus, un certain nombre de questions fait apparaître, au-delà des similitudes des principes généraux, des divergences importantes dans les fondements (voir infra) ou modalités de mise en œuvre des règles.

La liberté de copie est-elle un droit pour l'utilisateur ou une exception au monopole?

Il y a-t-il exception aux droits de propriétés intellectuelles (disparition du monopole) ou simple restriction (perte de l'exclusivité et existence d'un droit à rémunération? Au sein de la Communauté européenne, onze des quinze États membres ne prévoient pas "d'exception gratuite" mais ont mis en place une "licence légale" (droit à rémunération reposant sur "système de prélèvement"). Ces systèmes ont des champs d'application et des modes de fonctionnement très différents les uns des autres.

Quelle influence directe ou indirecte le recours à des procédés techniques de copie peut-il avoir sur le régime de l'exception? Le principe demeure-t-il le même ou bien l'exception s'efface-t-elle devant de telles facilités de reproduction (exemple article 68 al. 1 de la loi italienne de 1941)? Ne doit-on pas, au moins, compenser les pertes plus grandes causées par le recours à des procédés techniques en sorte que la liberté totale serait remplacée par la mise en œuvre d'un droit à rémunération (seule l'exclusivité du droit serait ainsi atteinte). Les solutions ici varient beaucoup. Alors que nombre d'États ont admis ces systèmes de compensation dans certains cas (reprographie, copies sonores ou audiovisuelles, ou numérique seulement), d'autres pays paraissent généraliser ce type de solution (voir, par exemple, article 18.3 de la loi grecque l'étendant à tous les procédés de reproduction mais exigeant au moins l'un d'entre eux pour que le droit à rémunération soit mis en œuvre).

Comment entendre la notion de copie privée : nombre de copies tolérées, copie effectuée matériellement par un tiers, usage totalement privé ou également collectif parce qu'interne à une institution?

Comment savoir qu'une copie est strictement réservée à l'usage privé du copiste? Normalement, c'est au moment de l'acte de reproduction que la question devrait être tranchée.

Ainsi, au Royaume-Uni, par application de l'article 29 (3) de la loi du 15 novembre 1988, la reproduction faite par une autre personne que le chercheur ou l'étudiant ne sera pas regardée comme un acte loyal si la personne qui établit ces copies sait ou a des raisons de penser que des copies seront remises à plus d'une personne, pratiquement au même moment et dans le même but. La recherche doit alors être faite en fonction de la destination projetée. L'analyse devient par conséquent subjective puisque, à ce moment là, seul le copiste sait ce qu'il veut faire. Mais il peut arriver qu'il existe un changement ultérieur de destination et que la copie soit transmise à un tiers. Privée à l'origine, elle devient publique par son usage. C'est donc dire que c'est, en réalité, non au jour de sa réalisation mais à celui de sa mise en circulation que l'exemplaire prendra son véritable caractère.

Il ne s'agit que de quelques-unes des questions qui peuvent se poser et que tous les systèmes ne résolvent pas de la même façon.

Utilisations publiques

Les hypothèses sont ici encore plus nombreuses et les divergences plus importantes. A priori, l'usage public d'une œuvre donne lieu à la mise en œuvre du droit d'auteur. Mais tous les États ne réagissent pas de la même façon dès lors qu'il s'agit d'exceptions qui poursuivent des fins didactiques ou de transmission du savoir.

Citations

Le principe selon lequel les citations doivent échapper au droit exclusif des titulaires de droit d'auteur ou droits connexes est assez facilement partagé. La solution découle de l'article 10.1 de la Convention de Berne selon lequel "*sont licites les citations tirées d'une œuvre déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse*".

Il s'agit d'une des rares solutions imposées, la Convention se contentant d'en fixer les (larges) conditions. La mise en œuvre du principe passe cependant par des techniques différentes.

On retrouve d'abord l'opposition entre approches de copyright et systèmes de droit d'auteur. Parmi les tenants d'une législation de copyright, des différences importantes existent suivant que la solution passe par la voie du fair use (États Unis) ou celle du fair dealing (les autres; sur la distinction entre les deux, voir, infra).

Les pays de droit d'auteur connaissent des divergences encore plus importantes. Alors que certaines législations se contentent de poser les exigences de respect de droit moral et de poursuite de fins didactiques, d'autres prennent soin d'ajouter la condition de brièveté de la citation. Parmi ces dernières, certaines tentent de donner une mesure assez précise de l'emprunt toléré tandis que d'autres renvoient à un emprunt raisonnable ou à des usages.

Enfin, des différences peuvent apparaître entre les diverses législations quant à la nature des œuvres qui peuvent être ainsi citées. Alors que certaines lois paraissent réserver le jeu de l'exception aux seules œuvres littéraires, d'autres admettent un champ plus large pouvant

couvrir les œuvres musicales ou artistiques (on parle, alors, plus volontiers de “fragments ou d’extraits”).

Exceptions à des fins d’enseignement

L’article 10, 2) de la Convention de Berne offre aux États membres la faculté de retenir des exceptions spécifiques en la matière. La commission européenne envisage la question, à l’article 5.3 de la proposition de directive relative aux droits d’auteur et droits connexes dans la société de l’information, en même temps que les limites aux droits pour des raisons de recherche (“3. *Les États membres ont la faculté de prévoir des limitations aux droits visés aux articles 2 et 3 dans les cas suivants: a) lorsqu’il s’agit d’une utilisation uniquement à des fins d’illustration de l’enseignement ou de recherche scientifique, toujours sous réserve d’indiquer la source et dans la mesure justifiée par le but non commercial poursuivi, à condition que les ayants droit reçoivent une compensation équitable*”)

La grande diversité d’attitude des législations rend extrêmement délicate toute possibilité de synthèse. Certains États n’ont adopté aucune solution spécifique et s’en remettent aux exceptions moins particulières. Parmi eux, certains ne font aucune référence expresse aux nécessités de l’enseignement, tandis que d’autres se contentent de mentionner l’enseignement parmi les causes permettant de justifier ou d’expliquer les courtes citations ou autorisant la mise en œuvre du “fair dealing”. Certains, enfin, se contentent de mentionner les manuels destinés à l’enseignement parmi d’autres œuvres connaissant un régime particulier, mais sans que ce dernier soit justifié par des raisons propres à l’enseignement.

D’autres États envisagent des exceptions légèrement plus importantes que celles admises pour les courtes citations, mais sans que le système alors adopté s’écarte beaucoup de celui généralement retenu pour ces dernières.

Certains États, enfin, envisagent des solutions plus spécifiques, mais dont la teneur ou l’ampleur varient. Il serait possible, de ce point de vue, de dégager des “grandes familles” juridiques face au problème. Les États méditerranéens ou d’influence latine sont généralement peu prolixes sur la question. Soit, comme on l’a vu, qu’ils l’ignorent, soit que, l’envisageant, ils se contentent de solutions générales sans tenter par la voie légale de fixer de façon précise l’ampleur et la mesure des exceptions. Les pays du Nord de l’Europe connaissent, au contraire, une législation extraordinairement détaillée. Ils ont, en outre, en commun d’adopter des solutions assez proches quant au fond. Bien qu’il existe quelques petites différences, l’ampleur des dispositifs et le contenu des dispositions adoptées sont à peu près identiques. Ce souci du détail habite également certains pays de copyright ou, mais de façon un peu moins importante, les pays de langue allemande.

Un grand nombre de législations n’envisagent expressément que les exceptions au seul droit de reproduction alors que certaines, moins nombreuses, font également référence au droit de représentation.

S’agissant du seul droit de reproduction, une ligne de partage apparaît entre, d’une part, les États qui admettent les exceptions aussi bien pour les manuels destinés à l’enseignement que pour les documents élaborés par les établissements éducatifs eux-mêmes et, d’autre part, les États qui n’envisagent que ces derniers genres de réalisations. Il est vrai, cependant, que la distinction n’apparaît pas toujours très clairement dans les textes. Quand elle est nettement marquée, il est fréquent que la liberté soit moins grande pour les manuels que pour les

documents internes aux établissements. Cela s'explique sans doute par le fait que les seconds ne poursuivent d'autres buts que l'éducation tandis que les premiers font l'objet d'un commerce.

Des divergences existent également quant aux contreparties accordées aux ayants droit, certains États prévoyant une rémunération équitable, tandis que d'autres pays ne l'envisagent pas. Parmi les pays du premier groupe, il faut constater également des différences suivant le droit en cause ou le support utilisé. Cependant, il existe souvent une corrélation entre l'importance des atteintes admises (ampleur de l'emprunt, nombre de copies, destination des copies...) et la présence de cette rémunération équitable.

En réalité, le plus grand dénominateur commun des différentes législations envisageant véritablement la question paraît être la reprise partielle d'éléments préexistants dans une œuvre seconde composée d'extraits d'œuvres d'autres auteurs.

Alors que de nombreux pays sont assez souples dans la mesure de l'emprunt par référence aux usages ou à des standards ("*usage loyal*"), quelques États se font très précis sur de nombreux points., réglementant de façon détaillée le volume ou les conditions des reproductions.

De façon plus générale, certaines conditions ou limites à la liberté, expresses ou implicites, paraissent admises. Qu'il s'agisse du souci de voir l'œuvre deuxième ne pas faire concurrence à l'œuvre première qui y est reproduite; de l'exigence du respect du droit moral (droit à la paternité, mais aussi, quoique moins souvent mentionné, droit au respect de l'intégrité de l'œuvre), de la présence, dans l'œuvre seconde réalisée à des fins d'enseignement, d'œuvres émanant d'autres auteurs et de l'absence de plusieurs œuvres émanant d'un même auteur (exemple : document composé d'une seule œuvre de A plus une seule œuvre de B) ; d'exigences temporelles imposant la destruction rapide des copies réalisées ou le respect d'un certain délai (cinq ou dix ans) avant la reprise de l'œuvre première; de l'interdiction de reprendre des œuvres premières elles-mêmes destinées à l'enseignement; de la justification de la destination de la reproduction. A cet égard, il convient cependant de remarquer que, si la très grande majorité des législations prennent soin de rappeler l'exigence d'une utilisation à des fins d'enseignement, certaines lois admettent des solutions identiques, dans les mêmes dispositions, pour des usages autres que pédagogiques. De nombreux États font également référence aux reproductions destinées à la recherche ou à la diffusion des connaissances, ce qui ne peut véritablement surprendre. D'autres, cependant, poursuivent des objectifs plus larges, tels l'aide aux personnes handicapées ou la propagande. En outre, les pays nordiques opèrent un parallèle constant avec les reproductions ou représentations utilisées pour les services religieux, tandis que l'Allemagne fait référence à des fins liturgiques.

Par ailleurs, il faut constater que tous les supports et tous les genres d'œuvres ne sont pas placés sur un même pied d'égalité. S'agissant des supports des copies, les reproductions sur papier paraissent mieux tolérées que les copies sur supports magnétiques. Certaines législations prévoient, cependant, des solutions particulières dans le cas des reprographies. S'agissant des différentes catégories d'œuvres, de nombreux États opèrent des distinctions. Ce sont les œuvres littéraires pour lesquelles les atteintes au droit d'auteur paraissent plus facilement admises. Les œuvres d'art ne peuvent souvent être reproduites que pour illustrer des développements.

Les États qui paraissent avoir été le plus soucieux de réglementer minutieusement ces hypothèses sont les pays nordiques. S'agissant du droit de reproduction, les législations prévoient la liberté de reproduction, moyennant rémunération, de courts fragments d'œuvres publiées depuis plus de cinq ans, dès lors que ces emprunts seront intégrés à une œuvre composite. Cependant les textes précisent que cette solution ne peut s'appliquer si les emprunts proviennent d'œuvres spécialement créées pour l'enseignement. Les législations autorisent également la réalisation, à des fins d'enseignement, de copies d'œuvres radiodiffusées ou télévisées au moyen d'enregistrements sonores ou visuels. Les conditions peuvent varier suivant les textes : non seulement quant à la rémunération (pour certains États, lorsque l'enregistrement concerne une œuvre tirée d'une émission à caractère pédagogique l'auteur ne peut prétendre à une rémunération), mais aussi quant au caractère temporaire de l'enregistrement. S'agissant du droit de représentation, les États prévoient que pour les œuvres autres que dramatiques ou cinématographiques, la représentation en public est libre, dès lors qu'elle est réalisée à des fins d'enseignement. Toutefois, il est parfois prévu que l'auteur a droit à une rémunération si un droit d'entrée est perçu.

Il est inutile de multiplier les exemples (les questions des représentations privées, des bibliothèques, ou de l'utilisation des phonogrammes du commerce, pourraient également être étudiées), le constat est simple : la souplesse laissée par les textes internationaux a donné lieu à un foisonnement de solutions différentes.

A défaut d'accord sur le fond, existe-t-il, dans les différents pays, des traits communs sur la manière d'aborder la question et de rédiger les textes? C'est répondre à la deuxième question : comment?

II. COMMENT?

La technique législative n'est pas neutre et elle révèle souvent le but poursuivi par le législateur (a). Chaque approche, système ouvert (b) ou fermé (c), a ses avantages et inconvénients.

a) *Choix de technique législative*

Dans les pays de droit d'auteur, le système des exceptions est, le plus souvent, "fermé". Et il est intéressant de combiner cet aspect avec le mode de présentation des droits. Or dans la plupart des cas, mais pas toujours il faut en convenir, la construction générale a la configuration suivante : alors que l'étendue du monopole exclusif qui est accordé à l'auteur est présentée de façon synthétique, la liste des exceptions est donnée de façon analytique, c'est à dire de manière très descriptive et limitative. Cela signifie que, alors que le champ des prérogatives accordées au créateur est ouvert et doit donc être regardé dans un sens favorable aux auteurs, la liste des exceptions que les utilisateurs peuvent invoquer est limitative et ne peut être interprétée dans un sens pouvant nuire aux intérêts des créateurs. Le droit français est l'archétype de cette démarche. Mais l'analyse des droits belge, espagnol, portugais peut conduire à la même conclusion (En Allemagne, si les limites aux droits sont soigneusement circonscrites, la loi définit les droits d'exploitation de manière plus analytique).

Cette observation n'est pas indifférente. Plusieurs conséquences peuvent en découler.

En premier lieu, il y a là une indication pour les tribunaux. Les juges doivent s'en tenir à cette lecture restrictive et ne pas déborder le cadre des exceptions admises. Le contraste avec la souplesse dont peuvent faire preuve les juges s'agissant du contenu des droits est très fort. Cette logique, si elle peut paraître rigide, a les avantages de la prévisibilité et donc de la sécurité.

Deuxième conséquence, dans la "balance des intérêts", la place de l'auteur est, de loin, la plus importante.

Troisième conséquence, les exceptions énumérées par le législateur ne font pas naître de droits au profit de l'utilisateur. La proposition de directive communautaire a voulu l'affirmer dans son considérant 21 mais la rédaction mériterait d'être affinée afin que soit clairement compris que seuls les auteurs et titulaires de droits voisins ont bien des "droits" alors qu'il ne s'agit, à propos des utilisateurs, que de se préoccuper de leurs "intérêts". Un utilisateur n'est donc pas fondé, par exemple, à s'en prévaloir pour contester la mise en œuvre de dispositifs de protection technique. La question est d'une grande actualité. On fonde en effet de grands espoirs sur ces solutions techniques, d'une part pour assurer l'effectivité du droit exclusif en interdisant ou restreignant l'accès aux œuvres et aux prestations, d'autre part, pour améliorer et affiner la gestion des droits y afférents. L'efficacité du système ne peut donc être menacée par la proclamation d'un droit inaliénable à la copie privée.

Dans les systèmes de copyright, au contraire, la théorie de la "balance des intérêts" est bien accueillie en ce qu'elle permet justement de faire prévaloir "l'intérêt public".

La systématisation de la technique législative y est plus délicate car la famille est moins unie que celle de droit d'auteur. Certes, on y retrouve cependant, comme trait constant, la présence d'une liste analytique des droits, mais l'union est moins forte s'agissant des restrictions. Les États-Unis (et peut-être demain, l'Australie?) admettent l'existence d'une dérogation générale ("fair use") au droit d'auteur susceptible d'être mise en œuvre dans n'importe quelle situation. Le système est dit "ouvert". La Convention de Berne ne l'interdit pas.

b) Avantages et inconvénients d'un système dit ouvert

L'article 107 de la loi américaine du 19 octobre 1976 dispose (traduction du bureau de l'OMPI):

"Nonobstant les dispositions des articles 106 et 106A, l'usage loyal d'une œuvre protégée, y compris par reproduction sous forme d'exemplaires ou de phonogrammes ou par tous autres moyens prévus aux termes de ces dispositions, à des fins telles que de critique, de commentaire, de compte rendu d'actualité, d'enseignement (y compris la reproduction en de multiples exemplaires pour l'utilisation en classe), de formation ou de recherche, ne constitue pas une atteinte au droit d'auteur. Afin de déterminer si l'usage d'une œuvre dans un cas déterminé est loyal, les facteurs suivants doivent notamment être pris en considération :

- 1) le but et le caractère de l'usage, et notamment la nature commerciale ou non de celui-ci ou sa destination à des fins éducatives et non lucratives;*
- 2) la nature de l'œuvre protégée;*

3) *le volume et l'importance de la partie utilisée par rapport à l'ensemble de l'œuvre protégée; et*

4) *l'incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur. Le fait qu'une œuvre ne soit pas publiée n'interdit pas en soi de conclure à un usage loyal si cette conclusion repose sur la prise en compte de tous les facteurs susmentionnés*".

Il s'agit là de l'exception principale aux droits exclusifs en vue de critiques, commentaires, informations, enseignement, recherche ou parodie. Ce texte résulte, en fait, de la codification de la jurisprudence opérée en 1976. Pour admettre une exception aux droits, les juges se fondront essentiellement sur la finalité de l'utilisation, l'importance de l'emprunt par rapport aux œuvres sources et citantes ainsi que sur l'éventuel préjudice économique. La technique a l'avantage de la souplesse.

Ainsi l'importance de l'emprunt à une œuvre première ne sera pas appréciée de la même façon suivant qu'il s'agit de la reproduction d'un ouvrage ou d'une parodie. La possibilité de photocopier des œuvres ne sera pas admise de la même façon suivant que l'activité porte ou non préjudice aux droits des éditeurs de distribuer les livres ou de concéder des licences autorisant la photocopie de ces extraits (photocopiage par une entreprise commerciale d'extraits d'œuvres protégées en vu de la confection de recueils destinés à l'utilisation des étudiants universitaires)

Cette souplesse s'est révélée souvent précieuse. Ainsi, la Cour Suprême qui avait, un temps, affirmé que toute utilisation commerciale de l'œuvre deuxième (reprenant des éléments d'une œuvre première) excluait le bénéfice de l'exception de "fair use", a pu, dans un deuxième temps, considérer que dans la mesure où une œuvre deuxième n'était pas une copie servile de l'œuvre première mais une transformation de celle-ci, il fallait admettre que le jeu de l'exception puisse couvrir certains usages commerciaux.

La logique de l'exception (promouvoir les connaissances) est naturellement fondamentale. Toutefois, selon les juristes continentaux, le "fair use" génère un manque de prévisibilité, tant pour l'ayant droit que pour l'utilisateur. Où est alors la sécurité que l'on est en droit d'attendre d'un système juridique? Le maniement des quatre conditions peut paraître bien délicat (but de l'usage projeté; nature de l'œuvre, importance de l'emprunt et, surtout, effet sur le marché). Comment être sûr, par avance, qu'un juge aura la même interprétation de l'application des ces paramètres à la situation en cause? Il convient, cependant, de remarquer que les Américains sont plus habitués que les juristes continentaux à ce type d'approche et que le juge américain est entraîné à faire face aux cas les plus compliqués.

c) *Avantages et inconvénients d'un système fermé*

Par opposition aux systèmes ouverts, les systèmes fermés présentent l'avantage de la prévisibilité. L'utilisateur de l'œuvre ou l'ayant droit n'est pas dépendant d'une estimation judiciaire et peut raisonnablement avoir une idée de la solution au problème posé par la simple lecture des dispositions légales. Mais un système excessivement fermé peut également poser des problèmes. Ce n'est pas la sécurité qui fait défaut mais la capacité d'adaptation. Il convient, alors, d'être attentifs aux effets seconds. Pour s'en rendre compte, il faut raisonner tant sur l'exemple français que sur les constructions de "fair dealing".

Solutions françaises - Pour raisonner sur l'exemple français, on peut observer que la grande rigidité de la Cour de cassation sur l'application de certaines conditions en matière de citation a engendré des réactions encore plus brutales que le blocage lui-même. En estimant (à juste titre) que des reproductions en format réduit (mais intégrales) de toiles, dans un catalogue de vente aux enchères, ne constituaient pas des brèves citations, la Cour de cassation a fait une application stricte de l'article L.122-5 CPI ("Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : (...) 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : a) Les analyses et courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées"). Mais les groupes de pression étant plus à l'aise dans les hémicycles parlementaires que dans les prétoires, une loi du 27 mars 1997 est venue ajouter une nouvelle exception à l'énumération de l'article L.122-5 CPI pour "casser" cette jurisprudence ("l'auteur ne peut interdire... d) Les reproductions, intégrales ou partielles œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente aux enchères publiques effectuée en France par un officier public ou ministériel pour les exemplaires qu'il met à la disposition du public avant la vente dans le seul but de décrire les œuvres d'art mises en vente"). L'effet est désastreux. La loi devient pointilliste. Sa connaissance devient de plus en plus compliquée, la cohérence générale du système s'estompe et les utilisateurs d'œuvres ne comprennent pas pourquoi une restriction est apportée à tel endroit mais non admise dans d'autres cas où elle serait autant, voire plus, justifiée.

Il arrive parfois que ce soit le juge, lui-même, qui contourne le strict dispositif légal. La Cour de cassation s'étant montrée particulièrement exigeante sur la notion de brièveté dans les œuvres audiovisuelles reproduisant fugitivement des créations préexistantes, le tribunal de Grande Instance de Paris, le 23 février 1999 (inédit) a déplacé l'analyse sur le terrain du droit à l'information. La décision mérite d'être largement citée dans le cadre de cette étude. Non pas dans le souci d'exposer des solutions françaises (la solution aurait pu être rendue dans d'autres États à système fermé) mais parce qu'elle illustre la brutalité des réactions à un système qui peut paraître figé. On ajoutera qu'elle paraît d'autant plus intéressante qu'elle fait appel à une théorie dont il sera abondamment question dans la deuxième partie de ce travail.

Les juges parisiens ont pu ainsi estimer que : *“Sur le droit du public à l'information : - Attendu que l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme énonce que toute personne a droit à la liberté d'expression qui comprend la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, sans considération de frontières ; - Attendu que cette Convention précise en son article 14 que la jouissance des droits et libertés, qui y sont reconnus, doit être assurée sans discrimination fondée sur.. la fortune, la naissance ou toute autre situation ; - Attendu que les dispositions de la Convention européenne ont, en vertu de l'article 55 de la Constitution, une valeur supérieure à la loi interne et leur autorité s'impose aux Juridictions nationales ; - Attendu que, dès lors, la défenderesse soutient qu'en vertu de cette Convention, il existe un droit du public à l'information qui constitue une exception aux dispositions figurant dans le code de la propriété intellectuelle, invoquées par le demandeur et justifie qu'elle ait représenté les œuvres de Maurice Utrillo dans un reportage sans l'autorisation de son ayant droit ; - Attendu que le droit du public à l'information doit être compris non seulement comme le droit de savoir mais aussi comme le droit de voir; qu'il en résulte qu'un fait dont le public doit être informé peut ainsi être traduit par des images qui sont nécessaires dans la mesure où elles fournissent un élément de connaissance; - Attendu qu'ainsi, un reportage représentant une œuvre d'un artiste uniquement diffusé dans un journal télévisé, de courte durée ne portera pas atteinte aux droits de propriété intellectuelle d'autrui puisqu'il sera justifié par le droit du téléspectateur à être informé rapidement et de manière appropriée d'un événement culturel constituant une actualité immédiate en relation*

avec l'œuvre ou son auteur qu'il ne concurrencera pas l'exploitation normale de l'œuvre - Attendu qu'en l'espèce, le tribunal constate que le reportage incriminé a été diffusé dans un journal télévisé dont Monsieur Fabris ne conteste pas le caractère informatif ; qu'il s'adresse à un large public ; - Attendu que le reportage avait pour but d'informer de manière immédiate, le public du déroulement actuel d'une importante manifestation culturelle dans les locaux du musée de Lodève ; que la présentation des tableaux de l'artiste a donc eu pour but d'illustrer le reportage et de permettre une meilleure compréhension du public de l'objet de l'exposition ; que les tableaux ont illustré l'information qui consistait à faire part de l'exposition organisée dans le musée de Lodève et à inciter les téléspectateurs à aller visiter celle-ci ; - Attendu que, soumettre la diffusion d'un tel reportage à l'autorisation de l'ayant droit de l'artiste qui, au demeurant avait accepté le principe de l'exposition, reviendrait à priver une partie du public de la connaissance de l'existence de la manifestation et donc de l'œuvre du peintre ; que ce serait de nature à rompre l'égalité de tous devant l'information et subséquemment la culture ; (...) Attendu qu'en conséquence, en vertu de ce droit du public à l'information, la société nationale de télévision France 2 n'était pas tenue de solliciter l'autorisation de représenter les œuvres de Maurice Utrillo dans un reportage de courte durée au sein de son journal télévisé ; que, de ce fait, cette représentation n'est pas illicite et ne constitue pas une contrefaçon ouvrant le droit pour Monsieur Fabris d'obtenir des dommages et intérêts “.

L'effet dévastateur de pareille construction sera examiné dans la deuxième partie de l'étude. A quoi bon construire un système pesant les intérêts des uns et les aspirations des autres si c'est pour le voir détruit par d'autres théories?

Les deux exemples qui viennent d'être donnés sont troublants. Il n'est pas sûr qu'ils soient totalement représentatifs des problèmes engendrés par les systèmes dits fermés. “Fermé” ne signifie pas “figé”. Pourquoi ne pas admettre que, dans le cadre qui lui est imparti par le législateur, le juge puisse disposer d'une certaine latitude, inspirée et guidée par le “test des trois étapes”?

La vérité (si elle existe) est, peut-être, à mi-chemin des deux approches ouvertes et fermées. Peut-elle être trouvée dans un système, a priori, fermé mais corrigé avec la souplesse du “fair dealing”?

Fair dealing - C'est envisager les solutions proposées par les articles 29 et suivants de la loi britannique et les articles 29, 29.1 et 29.2 de la loi canadienne qui énumèrent les hypothèses d'usages échappant aux droits d'auteur. Il n'est pas sûr que ces constructions permettent d'éviter les écueils du système français.

Cette approche permet indiscutablement de tempérer le caractère (éventuellement) trop ouvert du “fair use” américain mais ne corrige pas les défauts des systèmes aussi fermés que le droit français.

On peut penser que les solutions britanniques ou canadiennes seraient, dans les exemples précités (catalogues de ventes aux enchères, reproductions fugitives dans un reportage télévisé), semblables aux solutions françaises. En effet, le raisonnement proposé par les législations admettant le “fair dealing” repose sur une étude en deux temps. Première étape : le cas qui se présente entre-t-il dans les hypothèses limitativement prévues par le législateur? Les exceptions ne sont tolérées que dans une série de cas précis, de buts déterminés (“dealing”), et il convient de vérifier si les activités en cause entrent bien dans ce champ. La

recherche des activités éligibles au rang d'exception n'est alors pas très différente de celle opérée dans tous les systèmes fermés, comme le droit français. Deuxième étape : l'usage qui rentre dans le champ des exceptions admissibles, est-il équitable ("fair")? Il s'agit alors (mais alors seulement) de passer l'usage projeté au crible des conditions proches de celles du "fair use".

La loi anglaise envisage l'hypothèse aux articles 29, 30, 33, 36, 38, 39 et 40, de la loi du 15 novembre 1988. Pour simplifier, au terme de ces textes, l'utilisation de toute œuvre échappe au droit d'auteur dès lors qu'elle est accomplie à des fins de critiques ou de comptes rendus d'événements d'actualité. De même, l'utilisation d'une œuvre littéraire, dramatique, musicale ou artistique est loyale lorsqu'elle est faite à des fins de recherche ou d'étude personnelle.

Bien que le donné légal ne le fasse pas, la pratique a développé des guides mettant en évidence les paramètres pris en considération par les juges. Ainsi, en Angleterre, une reproduction totale peut être admise dès lors qu'il s'agit d'une utilisation privée ou pour la recherche. Au rebours, il n'y aurait pas utilisation loyale à faire plus d'une reproduction d'une même œuvre à moins que la recherche nécessite plus d'une copie. Il y a donc une part d'appréciation et de souplesse dans l'examen de la deuxième condition/étape. En revanche, il n'y en a aucune dans la première. Ainsi, l'exception ne peut être invoquée à propos d'œuvres non citées dans la loi.

La démarche est identique au Canada. L'appréciation du caractère équitable de l'utilisation est, certes, laissée à l'appréciation des tribunaux. Ces derniers prennent en considération la nature et la finalité de l'utilisation, l'importance du quantum emprunté au regard de l'importance de l'œuvre utilisée et de l'apport personnel de l'emprunteur. L'affaire *Hubbard v. Vosper* (1972) 2 W.L.R. 389,393, illustre parfaitement la souplesse et la difficulté de la recherche : "It is impossible to define what is "fair dealing". It must be a question of degree. You must consider first the number and extent of the quotations and extracts. Are they altogether too many and too long to be fair. Then you must consider the use made of them. If they are used as a basis of comment, criticism or review, that may be fair dealing. If they are used to convey the same information as the author, for a rival purpose, that may be unfair. Next you must consider the proportions. To take long extracts and attach short comments may be unfair. But, short extracts and long comments may be fair. Other considerations may come to mind also. But after all is said and done, it must be a matter of impressions". Mais si une souplesse existe dans cette phase de l'analyse, cette dernière n'est atteinte que si la première étape a été victorieusement franchie. Cette analyse ne peut être menée que dans les cas imposés par la loi. Le droit canadien est bien distinct de son voisin américain en ce qu'il ne connaît pas d'exception générale d'utilisation équitable (fair use).

Le système repose ainsi sur un double "tamis" (cas particuliers, utilisation équitable). Il n'est plus souple que par rapport aux législations qui imposeraient des conditions très précises pour la mise en œuvre des cas admis. (exemple, un système qui admettrait les citations dans certaines hypothèses mais à la condition qu'elles remplissent des exigences précises : tant de mots ou tant de mesures d'une œuvre musicale mais pas plus).

La vérité est donc bien délicate à trouver. Quoiqu'il en soit, il faut observer que, même si l'on prétend que, dans les faits, les différentes législations de droit d'auteur ou de copyright conduiront à des solutions assez proches, la construction américaine, symétrique et opposée, qui part d'une approche analytique des droits pour admettre une vision synthétique des

exceptions, ne met plus l'auteur au centre du dispositif. Dans tous les cas, le régime des exceptions peut difficilement être examiné en dehors de son contexte général.

Faute d'être d'accord sur la méthode ("comment?"), les États parviennent-ils à se retrouver à propos du fondement, des justifications des exceptions? C'est la troisième question : pourquoi?

III. POURQUOI?

Cette recherche est normalement nécessaire car, une fois les conditions d'accès à la protection remplies, le monopole doit être le principe. Cela signifie que les exceptions doivent être justifiées. Cela est encore plus vrai lorsque le droit d'auteur a pratiquement valeur constitutionnelle. La recherche des fondements devrait permettre non seulement de comprendre la présence d'exceptions mais aussi d'en déterminer le champ.

On peut tenter de systématiser en expliquant que certaines limites reposent sur des raisons pratiques tandis que d'autres s'expliquent par la prise en considération d'intérêts sociaux. Mais, à la vérité, cette présentation, qui va être retenue, est plus descriptive que raisonnée. Il aurait été intéressant de pouvoir dégager d'autres axes. Mais si les autres analyses envisagées permettaient d'expliquer les solutions retenues dans tel ou tel État, elles n'étaient pas transposables dans un autre système.

Il aurait été tentant, par exemple, d'opposer les solutions admises pour certaines utilisations publiques aux utilisations d'œuvres à titre privé. Cette systématisation, qui aurait pu s'appliquer à certaines législations, aurait reposé sur l'analyse suivante : les utilisations privées échappent totalement au droit d'auteur, ni faculté d'interdire, ni droit à rémunération ou compensation. Ces mêmes solutions ne s'appliquent aux utilisations publiques d'œuvres que lorsqu'il y a de la part de l'utilisateur une plus-value par l'adjonction d'un apport personnel (par exemple, dans le régime des citations). Dans les autres cas d'utilisation publique, qu'il faut tolérer pour certaines raisons, mais qui n'apportent pas de plus value, le droit exclusif s'effacerait devant un droit à rémunération.

Mais outre, qu'il faudrait intégrer également un autre paramètre -utilisation partielle ou intégrale de l'œuvre- cette approche, qui n'aurait pourtant rien d'illogique, cède le pas devant la diversité des systèmes et l'évolution de chacun d'entre eux. On sait que les auteurs ont obtenu, ici ou là, des compensations pour certaines utilisations privées. En Europe, par exemple, on est passé de l'absence totale de droit au créateur à (dans certains cas) une rémunération pour copie privée.

Demeure alors la bonne vieille division généralement utilisée dans les manuels de Droit. Certaines exceptions reposeraient sur des explications d'ordre pratique (a) tandis que d'autres trouvent leur explication dans des considérations d'ordre social (b). Cette division est commode en ce qu'elle fournit une explication immédiate, mais est-elle pour autant cohérente?

a) *Fondement tiré d'arguments pratiques*

Trois séries d'arguments sont mis en avant : une de résignation; une deuxième tirée de l'observation du caractère nécessaire de l'acte accompli; une troisième fondée sur l'absence de préjudice économique.

Premier argument : l'argument de résignation

Il concerne l'usage privé d'une œuvre. Le droit d'auteur s'efface parce que de toute façon il ne pourrait être respecté. Il est hors de question de pénétrer dans la sphère privée pour exercer un contrôle d'éventuelles utilisations. Plutôt que de poser un principe d'application du droit d'auteur qui resterait inefficace, mieux vaut fermer les yeux sur cette situation.

Cet argument a indiscutablement perdu une grande partie de sa force dans l'univers numérique. Les dispositifs de marquage ou de verrouillage le rendent en grande partie caduc. Et puis, construit-on une législation sur la base de la résignation? Reste, cependant, à propos de ces nouveaux dispositifs, une préoccupation généralement exprimée : il ne faudrait pas que les remèdes techniques engendrent d'autres maux et favorisent, par exemple, des atteintes à la vie privée. Mais il est loisible de s'interroger sur la réalité de pareils griefs. Si l'on peut envisager avec suspicion la présence de compteurs et de "cookies", on ne voit pas en quoi pareille atteinte pourrait exister en présence de simples dispositifs anti-copies. Marquage et verrouillage ne sont pas la même chose.

Deuxième argument : l'auteur doit tolérer les actes nécessaires commis par l'utilisateur

C'est un argument assez nouveau, consacré véritablement avec l'arrivée des programmes d'ordinateur au sein du droit d'auteur et qui connaît un regain d'actualité avec la protection des bases de données ou la circulation des œuvres sur réseaux.

On remarquera qu'il a trouvé sa légitimité avec les logiciels, c'est à dire une création-outil. Une étude plus fine du droit d'auteur montrerait, sans doute, que la protection des œuvres à caractère utilitaire est généralement moindre en jurisprudence. Mais sans rentrer dans ce débat qui sort du cadre de notre programme, on notera que songer, pour ce type d'œuvre, à l'utilisateur est la moindre des choses. Il y a là une dérogation de bon sens.

Reste, cependant, à s'interroger sur l'avenir de la justification. Étendre l'idée à la circulation des œuvres sur réseaux n'est pas aussi évident que l'on veut bien le dire. Les situations sont-elles bien les mêmes? On peut en douter! Le raisonnement qui est mené ici conduit plutôt à se poser la question de savoir ce qu'est l'étendue exacte du droit de reproduction. Il faut s'interroger sur l'intérêt de définir les prérogatives de l'auteur de façon extensive si l'on doit reprendre d'une main ce que l'on a donné de l'autre en jouant sur le registre des dérogations.

Troisième argument : l'absence de perte économique

L'argument est connu et a été maintes fois présenté, même hors des Parlements nationaux. La copie privée occasionnerait une perte négligeable. D'une part, parce qu'elle serait longue à réaliser; d'autre part, parce qu'elle ne serait faite qu'en un exemplaire.

Cette présentation, on le sait, n'est absolument pas admissible. Les moyens techniques permettent de réaliser en peu de temps des copies parfaites, substituables à l'original. Le recours au numérique permet d'avoir une copie de copie de copie (etc....) de qualité presque identique à celle de la matrice. Quant à la perte économique, elle est telle que nombre d'États ont instauré une rémunération pour copie privée.

Il est donc impossible de systématiser cet argument qui ne peut être utilisé que dans une analyse au cas par cas, plus complexe, comme le prévoient certains systèmes.

La même objection peut être apportée aux arguments économiques mis en avant pour justifier l'existence de licences non volontaires. Le "coût de la transaction", occasionné par la recherche des titulaires des droits et les temps de négociation, serait tel qu'il vaut mieux faire céder le droit exclusif et admettre des licences. L'expérience américaine n'est pas, à cet égard, concluante (sur la question, voir, A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright*, Bruylant, 1993, §492 & s.) et l'amenuisement du droit d'auteur perd de sa pertinence dès lors que la justification apportée en théorie ne démontre pas ses bienfaits en pratique. Mieux!. On peut se demander si les nouveaux dispositifs techniques permettant l'identification des œuvres et des titulaires de droits, joints (ou non) à des modes de gestion collective, ne peuvent pas rendre un service identique à un coût identique, voire inférieur. L'incertitude qui existe en la matière ne condamne peut-être pas irrémédiablement les licences mais les espoirs mis en les dispositifs techniques conduisent certainement à refuser l'extension de celles-ci à de nouveaux cas dans de nouveaux textes. L'observation de ce que les solutions techniques peuvent être des remèdes efficaces aux problèmes posés par celle-ci, en sorte que les licences non volontaires ne seraient plus une malédiction inévitable pour les ayants droit, a été faite il y a plus de vingt ans (P. Goldstein, *Preempted State Doctrine, Involuntary Transfers and Compulsory Licenses: Testing the Limits of Copyright*; *UCLA Law review* 1977, 24, p 1139). L'essor du numérique et des facilités qu'il offre devrait permettre de reconsidérer avec intérêt les licences volontaires.

En définitive, on doit bien admettre que les arguments pratiques ont peu de poids. Pourtant, ils continuent d'être présentés. Il faudra bien, un jour, proclamer qu'ils rendent bancales les constructions qu'ils sont censés soutenir. Mieux vaut rechercher ailleurs l'explication des limitations au droit que l'auteur doit supporter et, notamment, dans des raisons sociales, ce qui ramène à la recherche d'un équilibre, c'est à dire, à la "balance des intérêts".

b) Fondements tirés de raisons sociales

Il s'agit, ici, de défendre des valeurs dont certaines sont supérieures ou au moins égales à celles qui fondent la propriété littéraire et artistique. Tel serait le cas de l'"intérêt public". Cette idée est présente aussi bien dans les limites "externes" au droit d'auteur (infra, deuxième partie) que dans les limites "internes". Ces dernières peuvent être ainsi désignées, ("internes") d'une part, parce qu'elles sont parfois exprimées au sein de textes propres au droit d'auteur,

d'autre part, parce qu'elles permettent parfois la réalisation d'œuvres et, enfin, parce que certaines des justifications sont intimement liées à l'objet du droit d'auteur : les œuvres.

Au premier rang de ces raisons, on retrouve le souci de respecter la liberté d'expression. La réflexion se place dans le champ du droit d'auteur car il s'agit de favoriser l'expression d'autres créateurs. Sont ainsi facilités les citations, les analyses, les résumés ou les parodies. En bref le "parler libre". Il n'y a pas lieu de s'attarder. Les solutions sont bien assises et ont un bel avenir avec l'arrivée des réseaux qui permettent un choix et une faculté d'emprunts plus larges.

La deuxième série de raisons, l'accès du public à l'information, divise davantage les États. Le regard est ici différent car l'exception bénéficie moins à d'autres créateurs qu'aux utilisateurs d'œuvres (sur la question, voir infra, deuxième partie). Certes, presque tous les États prévoient dans leurs textes des dispositions spéciales concernant les informations d'actualité. Certains systèmes envisagent aussi des restrictions au droit d'auteur et aux droits connexes en faveur de l'enseignement. Soit que l'exception soit expressément envisagée soit qu'elle soit comprise dans une exception plus large. Mais, de proche en proche, c'est un droit du public à la culture qui est parfois mis en avant pour faire obstacle aux droits d'auteur et aux droits connexes.

C'est ici que les législations se séparent le plus parce que, indirectement, en recherchant les raisons de certaines des exceptions on touche au fondement même du droit d'auteur et des droits connexes et à la place qu'il convient de réserver aux créateurs. L'analyse est délicate parce que, au-delà de l'opposition qui peut exister entre les deux grands systèmes, il faut constater des différences au sein de chacun des groupes.

Dans les systèmes de copyright on sait que le "fair use" et le "fair dealing" tendent à mettre sur le même plan l'intérêt du public et les intérêts des titulaires de droits. Ainsi, le droit américain mesure le champ de l'exception de "fair use" à l'aune, entre autres, de l'intérêt public qui est en jeu. L'article 171(3) de la loi britannique est plus précis en ce qu'il consacre un droit du public au "savoir" et admet que le droit exclusif puisse s'effacer devant l'intérêt public. Certes, cette exception, issue de la codification, en 1988, de la pratique jurisprudentielle, est rarement invoquée avec succès (sur la question, voir les déclarations du professeur Gendreau, colloque de l'ALAI, Cambridge 1998, Actes à paraître) mais il est remarquable qu'elle puisse, en théorie, être mise en avant pour permettre l'accès à une œuvre qu'un auteur souhaite, pourtant, voir demeurer confidentielle.

Dans les autres systèmes, on est, à des degrés divers, plus circonspects. Pour un français, bien que l'intérêt général ne soit pas absent de la construction du droit d'auteur et des droits voisins, cette éventuelle limite serait externe à la propriété littéraire et artistique. Au demeurant, on ne voit pas, en France, pourquoi le droit des créateurs portant sur des œuvres devrait céder au nom d'un prétendu accès du public à des éléments de connaissances, c'est à dire, à des données brutes. Il est vrai que ces dernières sont souvent incluses, portées par des œuvres. Mais nul n'a jamais prétendu s'octroyer un monopole sur les idées contenues dans une création. Il suffit, pour s'en convaincre, de renvoyer à l'exposé des motifs de la Proposition de directive du parlement européen et du conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Les différents textes, on l'a vu, ont déjà pris en considération cet aspect en réglant la question des frontières du droit d'auteur et des droits voisins.

Mais à supposer, malgré tout, que pareille limite au droit d'auteur doive exister, il conviendrait d'en évaluer les termes. Un droit à rémunération n'est-il pas le minimum auquel un ayant droit peut prétendre? Les cas ne doivent-ils pas être examinés avec prudence? L'argument, on le sait, est très souvent utilisé par les contrefacteurs. Il est devenu sur l'Internet la justification de tous les pirates.

Quoiqu'il en soit, si l'argument de la prise en considération de l'intérêt public est bien estimable il faut bien avouer que, parfois, l'usage qui en est fait déconcerte. Plusieurs années après l'adoption de certaines solutions, on ne parvient plus toujours, en raison des pratiques développées, à comprendre sur quoi elles reposaient véritablement. L'intérêt public a servi de point de départ à la limitation aux droits d'auteur et droits connexes mais la justification a parfois été oubliée en route. Enfin, on ajoutera que c'est bien l'intérêt public qui est en cause et non pas l'intérêt du public. La distinction n'est pas indifférente (voir, infra, deuxième partie, B). Et, à raisonner sur ce terrain, il faut réaffirmer que la protection des droits d'auteur et connexes est, également, d'intérêt public.

Au terme de cette première analyse, le constat est un peu désespérant. Nombre des solutions retenues reposent sur des explications dénuées de valeur et l'accord ne se fait pas sur la place à accorder aux autres. Il est souvent difficile de remonter aux vraies justifications. Au rebours, dans de nombreux cas, les exceptions ont précédé les raisons. Enfin, la sédimentation de textes successifs fait que les systèmes perdent une part de leur cohérence. Comment, alors, construire raisonnablement l'avenir?

2. L'évolution possible des exceptions

Peut-on rêver d'une nécessaire harmonisation (I)? Sur quels points (II)?

I. LES ESPOIRS D'HARMONISATION

Les solutions pratiques sont parfois assez proches, ce qui est rassurant à l'heure d'une utilisation mondiale des œuvres. Proches, mais non identiques. Or il est clair que des divergences fondamentales ne peuvent exister en la matière. A quoi bon se mettre d'accord, au plan international, sur le contenu des droits si c'est pour vider cette construction de toute substance par l'adoption d'exceptions divergentes? Les limites des prérogatives, permettent, cela a déjà été souligné, une vision en négatif de la teneur de ces droits.

La directive en préparation dans les Communautés européennes peut à cet égard être intéressante. Certes, ces travaux concernent seulement certains États européens mais on sait pertinemment que la Direction générale XV de la Commission est un laboratoire pour toute la planète et que ce qui s'y construit nourrit la réflexion des autres institutions ou des États, même les plus puissants.

Faut-il retenir la technique adoptée à Bruxelles et qui consiste, au-delà de l'exception obligatoire de reproduction provisoire (voir infra), à proposer une liste des exceptions à la fois fermée et facultative (article 5.2 et 3). Une harmonisation avec une liste fermée est sans doute une bonne chose. Elle paraît correspondre aux désirs de la grande majorité des États membres. Mais elle est surtout réalisable dans une communauté qui regroupe des pays ayant une culture commune et des objectifs voisins. Mais, dès lors que cette liste ne s'impose pas aux États membres qui peuvent se contenter d'y emprunter ce qui leur convient, ne faut-il pas douter de la réalité de l'harmonisation?

Sans doute est-on à l'abri de mauvaises surprises, en ce que la création d'exceptions non prévues est impossible, mais des écarts concernant celles qui seront retenues parmi toutes celles qui sont proposées sont à craindre. Or, chacun s'accorde pour estimer que la liste des exceptions offertes va s'allonger afin que chaque État s'y retrouve. Ainsi, il a été observé que l'exception de parodie n'était pas présente dans la première rédaction. Le risque de voir la liste de l'article 5 enfler n'est pas vain quand on sait que le système ne peut évoluer de l'intérieur (par interprétation judiciaire) puisque le considérant 22 rappelle fermement que la liste est exhaustive et le système fermé.

Conscient de ce que la construction sur ce point sera lente, le Conseil d'état français, dans un rapport rendu public le 8 septembre 1998, suggère que "chaque État impose aux responsables de sites résidant sur son territoire de prévoir un dispositif technique limitant le bénéfice des exceptions au droit d'auteur (notamment celles liées au "fair use") aux utilisateurs résidant dans ce pays. De tels dispositifs de filtrage d'accès en fonction du lieu de résidence de la personne qui consulte le site existent d'ailleurs d'ores et déjà sur certains sites même si leur efficacité n'est pas encore totale".

Ces futures exceptions que peuvent-elles être?

II. PHYSIONOMIE DES EXCEPTIONS DE DEMAIN

Il existe, aujourd'hui, un débat sur l'opportunité de retenir de nouvelles exceptions. Les opinions sont actuellement divisées. Certains estiment que c'est trop tôt. Les tenants des systèmes ouverts pensent leur droit suffisamment flexible pour s'adapter à la nouvelle donne. D'autres craignent qu'une réflexion "à chaud", menée sous le regard de certains groupes de pression, ne conduise à l'admission de dispositions inadaptées. Une interrogation fondamentale semble cependant s'imposer. : l'adoption de nouvelles solutions doit-elle se faire en distinguant désormais le numérique de l'analogique? Une réponse positive ne devrait pas être proposée comme base de réflexion. La construction recherchée devrait, au contraire, être neutre. Le numérique peut, certes, être l'occasion de provoquer une mise à plat et une remise en ordre dans la matière. Mais il convient de ne pas trop s'attacher à des données techniques fuyantes ou qui seront, elles-mêmes, un jour dépassées. Cela étant, ce travail de remise en perspective et de recherche de cohérence mis en chantier, rien n'empêche de réfléchir à des solutions aux questions plus particulièrement posées par le numérique ou les réseaux. Le champ étant vaste, seules quelques hypothèses seront évoquées : la copie privée numérique (A) et la copie technique (B)

A. La copie privée numérique

On connaît les dangers de la copie numérique : facilité de copie, formidable capacité de stockage, qualité de la reproduction, multiplication des supports... La technique du MP3 est assez inquiétante. L'autolimitation naturelle qui existait dans l'univers analogique n'existe plus.

Les Traités OMPI de 1996 n'ont rien prévu de spécifique en la matière et la première version de la proposition de directive communautaire avait esquivé la question. A la suite des actions des ayants droit, le texte a évolué (version du 21 mai 1999) et paraît donner aux États la faculté de prévoir une exception pour copie privée numérique assortie d'une rémunération; sans préjudice de la faculté pour les titulaires de droits de mettre en place des moyens

techniques opérationnels, fiables et efficaces pour protéger leurs intérêts, ce qui autorisera des dispositifs anti-copie (*article 5.2, “Les États membres ont la faculté de prévoir des limitations au droit de reproduction exclusif prévu à l’article 2 dans les cas suivants: (...) b) bis. lorsqu’il s’agit de reproductions sur support numérique d’enregistrement, sonores, visuels ou audiovisuels par une personne physique pour un usage privé et strictement personnel et à des fins non commerciales, sans préjudice de moyens techniques opérationnels, fiables et efficaces visant à protéger les intérêts des ayants droit; pour toute copie privée sur support numérique il conviendra toutefois de garantir une compensation équitable au bénéfice de tous les ayants droit”*).

L’interrogation est, en fait, la suivante : faut-il interdire la copie privée et soumettre le droit de copie à l’autorisation des ayants droit ou doit-on, seulement, prévoir une rémunération de compensation? Mais ces choix ne sont pas nécessairement exclusifs les uns des autres et d’aucuns songent à cumuler ces deux types de solutions.

a) *Les solutions possibles*

Interdire la copie privée? L’expérience a été tentée au Danemark et il serait intéressant d’en mesurer les effets. Pour l’heure, il ne semble pas que cette politique ait porté ses fruits.

Cette option suscite plusieurs interrogations :

- concertation entre ayants droit?
- effectivité d’une éventuelle interdiction?
- acceptation d’une pareille solution par les utilisateurs d’œuvres.

L’effectivité pourrait être assurée par des dispositifs techniques. La technique vient alors au secours du droit menacé par la technique. Mais peut-on tout attendre d’elle? Pour plus d’efficacité, les dispositifs doivent eux-mêmes être protégés. Les Traités OMPI et la proposition de directive communautaire prévoient pareilles mesures. Dans un jeu de miroir sans fin le droit vient alors au secours de la technique afin de permettre à celle-ci de venir efficacement au service du droit...!!!

Ces dispositifs techniques efficaces existent-ils? Peut-il y avoir une standardisation? Peut-on les imposer, au moins aux fabricants? Un accord entre intervenants des univers du “soft” et du “hard” est à rechercher. Et, en poussant le raisonnement jusqu’à l’extrême : peut-on même aller jusqu’à réglementer la fabrication ou le commerce des matériels de copie? Autant des questions auxquelles il faudra répondre si cette voie est empruntée.

A supposer que des réponses rassurantes existent sur ces points resterait une question plus délicate, celle de l’acceptation de pareilles mesures par les utilisateurs? Cette proposition heurte les États qui posent en principe intangible que le droit de faire des copies pour son usage privé est un droit inaliénable du citoyen. Est également mis en avant le droit du public à la culture ou l’information. Or il est de fait que le recours aux dispositifs techniques entraînerait une restriction de l’accès aux œuvres. On retrouve, ici, sous une autre forme, les différences irréductibles qui paraissent opposer les systèmes.

Faut-il, alors, se contenter de compenser les pertes provoquées par les copies licites ou illicites et tenter une généralisation des systèmes de “rémunération équitable” (ou suivant une

nouvelle terminologie de “compensation équitable”, voir le considérant 26 de la proposition de directive et l’article 5.2, *bbis*)?

b) Les difficultés de mise en oeuvre d’une “compensation équitable”

Les interrogations sont alors nombreuses :

Pour combien de temps?

En solution d’attente ou de façon plus permanente? Dans la lignée des solutions communautaires, le Sénat français a, le 12 mai 1999, adopté une résolution dans laquelle il est indiqué que l’existence d’un droit à rémunération n’entraîne pas l’impossibilité d’avoir recours à des dispositifs techniques de verrouillage.

Dans quel domaine?

Toutes les œuvres? Même hors sonore et audiovisuel (“reproductions sur support numérique d’enregistrement, sonores, visuels ou audiovisuels” propose la directive). Et, au-delà, faut-il repenser les solutions en matière de logiciels et de bases de données?

Comment?

Par une somme prélevée sur la vente de matériel, d’abord. Mais quels matériels : les supports amovibles (disquettes, disques ré-enregistrables...), les supports intégrés (disques durs...) ou les matériels de reproduction (graveurs, magnétoscopes...)?

Quel pourcentage prélever?

Un franc (0,2 euro ou 20 cents) sur un disque vierge, c’est plus de 10% du prix d’achat pour le consommateur. Mais est-ce assez pour un support qui peut contenir énormément d’œuvres?

Doit-on également prélever des sommes sur les abonnements d’accès aux réseaux où l’on trouve la plupart des œuvres à copier? Mieux, sur les flux d’informations. Après tout, certains fournisseurs d’accès via le câble réglementent déjà les flux de leurs abonnés. Il convient, toutefois, d’être prudent sur la multiplication des sommes car il ne faudrait pas que le droit d’auteur soit considéré comme un impôt ou une taxe.

Comment s’opérera la répartition des sommes prélevées?

L’unité de mesure qui est, à l’heure actuelle, utilisée dans nombre de législations est liée à certains supports et à un mode de consommation linéaire (durée, mètres...). Par quelle autre unité la remplacer? Le bit? Mais un mode de calcul fondé sur cette unité ne sera pas forcément pertinent quant on sait que toutes les techniques de compression ne donnent pas les mêmes résultats et que les œuvres occupent plus ou moins de place en mémoire suivant leur genre

(quelques secondes d'images animées supposent des capacités de stockage aussi importantes que celles recherchées pour la numérisation de tout un livre).

Peut-on cumuler les deux solutions d'interdiction et de compensation? A priori, cela paraît contradictoire. Mais chacun sait que les dispositifs techniques ne permettent pas d'atteindre le risque zéro. La proposition de directive ne paraît pas exclure ce cumul. L'exposé des motifs de la version du 21 mai 1999 précise : *“En ce qui concerne les modalités de la relation entre la copie privée et les mesures techniques, (la commission) substitue l'expression “ sans préjudice des moyens techniques ... ” à l'expression proposée par le Parlement “ dans la mesure où il n'existe pas de moyens techniques...”* (Adde, les considérants 26 & 27).

Le Conseil d'état français paraissait y être hostile et laissait le choix entre les deux systèmes à l'auteur. Dans son rapport remis en septembre 1998 au Premier Ministre, le Conseil d'état a cru pouvoir proposer une “solution de compromis”, que le Gouvernement français pourrait soumettre aux autres États membres de la Communauté européenne. “Elle consisterait à poser comme principe légal que la copie privée, c'est-à-dire strictement réservée à l'usage privé du copiste et non destinée à un usage collectif, est autorisée, sauf interdiction expresse du titulaire des droits sur l'œuvre, notifiée au copiste lors de la copie initiale sur le site par un message explicite”.

Le respect de cette interdiction serait susceptible d'être assuré par un dispositif technique empêchant la copie mais “les titulaires de droits pourraient être incités à ne pas interdire la copie privée par une extension des dispositifs légaux de rémunération pour copie privée” Celle-ci pourrait, comme en Grèce, être perçue sur les nouveaux supports d'enregistrement. Le système reposerait donc sur le choix du titulaire. Il semble, cependant, un peu compliqué à mettre en place.

Au surplus, l'analyse française ne résout pas le problème de fond que constitue le fait qu'il existe, dans certains pays, un “droit” à la copie privée. Dans ces États, l'idée que le titulaire de droits puisse techniquement interdire l'accès à l'œuvre, alors même que l'usage projeté serait privé, peut choquer. Mais il est vrai que la position du Conseil d'état français, s'accorde bien avec l'approche continentale selon laquelle la copie privée ne serait qu'une exception que l'auteur subit pour de simples raisons pratiques. Ces justifications disparues, rien n'impose le maintien de cette restriction au droit d'auteur.

Pour l'heure il semblerait que la faveur des ayants droit aille plutôt vers la certitude d'une rémunération équitable. Comme choix définitif ou comme premier pas?

B. La “copie technique”

On a vu qu'il existait un débat important sur les reproductions techniques nécessitées par les transmissions numériques (copie sur le serveur du site et du fournisseur d'accès, sur la mémoire vive et sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur...). Ce point a fait l'objet de vives discussions à Genève (sans qu'aucune solution ne soit adoptée) et est évoqué à l'article 5 alinéa 1 de la proposition de Directive communautaire.

S'il existe un vague consensus sur l'utilité de créer une nouvelle exception pour permettre la circulation des œuvres sur les réseaux numériques, le désaccord est évident quant

à la forme ou la mesure de la portée de pareille exception. Il faut bien prendre la mesure du problème (a) et, sans doute, distinguer entre copie volatile et copie provisoire (b).

a) *Diversité des copies techniques*

L'exposé des motifs (texte du 10 décembre 1997 : Document COM (97) 628 final, p.33) de la proposition de Directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information fournisse une justification de la recherche d'une solution uniforme: *“à titre d'exemple, la transmission d'une vidéo à la demande extraite d'une base de données située en Allemagne à un ordinateur domestique au Portugal est une opération qui nécessite tout d'abord la réalisation d'une copie là où se trouve la base de données, puis, en moyenne, au moins une centaine d'actes généralement éphémères de mémorisation entre l'Allemagne et le Portugal. Si la situation juridique différait d'un État membre à l'autre et que certains d'entre eux subordonnaient à autorisation ces actes de mémorisation accessoires, cela risquerait fort d'entraver la libre circulation des œuvres et des services, notamment des services en ligne incorporant un objet protégé”*. L'exemple permet de comprendre pourquoi certaines reproductions éphémères devraient échapper au monopole de l'auteur. Mais il ne convainc pas de la nécessité d'admettre une disparition du droit d'auteur pour tous les actes de reproductions numériques provisoires.

On comprend, bien sûr, les raisons qui conduisent les fournisseurs d'accès à revendiquer le bénéfice de cette exception pour la reproduction d'œuvres sur les “caches” de leurs serveurs : rapidité, commodité, limitation des communications internationales.... Les Universités, elles-mêmes, y ont recours. On remarquera que ce sont à nouveau des raisons pratiques qui serviraient de justification à une exception. mais on comprend, également, les craintes des titulaires de droit qui font observer que le recours aux “caches” réduit le nombre d'accès directs aux sites et empêche le décompte des consultations des œuvres sur ceux-ci. Le phénomène serait particulièrement inquiétant dans l'hypothèse d'une rémunération de l'auteur fondée sur le nombre de consultations (“hits”). On ajoutera que les “caches” risquent d'empêcher la mise en place des mécanismes techniques d'identification des œuvres et des “compteurs électroniques”.

Il n'est donc pas surprenant qu'une profonde inquiétude se soit manifestée sur ces points et que le débat au sein de l'Union européenne soit très animé. Il est vrai que l'adoption de pareille exception appelle une grande prudence et un grand talent rédactionnel. Les seuls termes de “copie technique” paraissent bien imprécis, dangereux et peu opérants tandis que le mot “caching” recouvre des réalités bien différentes.

Le Conseil d'état français suggère d'encadrer précisément le champ de cette exception et de distinguer la copie technique “volatile” de celle qui est “temporaire” : Ainsi, “on pourrait considérer que l'exception au droit d'auteur ne doit s'appliquer qu'à la “copie technique volatile”, c'est-à-dire faisant partie intégrante d'un procédé technique ayant pour unique finalité de permettre l'utilisation en ligne d'une œuvre ou d'un autre objet protégé, *et dont l'existence n'excède pas la durée de la transmission*. Cette exception ne s'appliquerait donc qu'aux reproductions sur les ordinateurs de routage, sur la mémoire vive de l'ordinateur de l'utilisateur, etc., sans possibilité de conservation au-delà de la transmission ou de l'utilisation autorisée par le titulaire des droits. Les autres copies, y compris celles faites sur les “caches” des fournisseurs d'accès, demeureraient donc soumises au droit exclusif de l'auteur”. Cependant, le Conseil d'état apporte tout de suite un tempérament à ce raisonnement. En effet, “compte tenu de l'importance technique et économique des “caches” pour le développement

de l'Internet, on pourrait également envisager une seconde exception, en faveur de la "copie technique temporaire", c'est-à-dire celle faite sur les "caches" des fournisseurs d'accès". En ce cas toutefois, il n'y aurait plus exception au droit d'auteur mais simple restriction, c'est à dire principe d'une "rémunération pour copie technique".

Après de nombreux débats, la Proposition modifiée de directive du parlement européen et du conseil sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, prévoit, dans son article 5.1 (version du 21 mai 1999) que *"1. Les actes de reproduction provisoires visés à l'article 2, tels que les actes de reproduction transitoires et accessoires, qui constituent une partie intégrante et indispensable d'un procédé technique, y compris ceux qui facilitent le fonctionnement efficace des systèmes de transmission, ayant pour unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'un autre objet protégé, et qui n'ont pas de signification économique indépendante, sont exemptés du droit prévu à l'article 2"*.

Si le texte a été amélioré, il reste que le considérant 26 qui l'explique paraît retenir une approche assez large : *"considérant que le droit exclusif de reproduction doit faire l'objet d'une exception destinée à autoriser certains actes de reproduction provisoires, telles que les reproductions transitoires et accessoires, qui font partie intégrante et sont indissociables d'un processus technique exécuté dans l'unique finalité de permettre une utilisation d'une œuvre ou d'autres objets protégés et qui n'ont pas, par eux-mêmes, de valeur économique propre; que, dans ces conditions, cette exception couvre également certains actes de prélecture dans un support rapide (caching) ou de survol (browsing).*

b) Nécessité de distinguer la copie volatile de la copie provisoire ("caches" et "browsing")

Sans doute convient-il d'être encore prudent et de ne pas tout mélanger. Que certains actes de reproduction doivent échapper aux droits d'auteur et connexes n'est pas douteux. Ainsi, les reproductions éphémères lors du routage de l'œuvre ne devraient pas être soumises aux droits d'auteur et connexes. Soit parce que l'on considère que le droit de reproduction ne peut, par nature, couvrir de telles utilisations. Soit parce que l'effacement d'un droit d'auteur pourtant proclamé tombe sous le sens. Ce n'est pas parce qu'elle est provisoire (et par petits paquets) que la reproduction échappe aux droits d'auteur et connexes (en théorie, la reproduction n'a pas à être gravée dans le marbre et il importe peu qu'elle soit partielle). Mais bien parce qu'il serait absurde et contraire au bon sens de soumettre un tel acte à une quelconque autorisation spéciale. Il est bien évident que l'on rentre ici dans une logique d'"acte nécessaire". Le titulaire de droits qui consent à l'exploitation de son œuvre via les réseaux admet nécessairement ce type d'usages indispensables.

Tout autre est la question des "caches". Ce ne sont pas tant ceux réalisés par les particuliers qui consultent l'œuvre qui suscitent des difficultés mais plutôt ceux faits à l'initiative d'un fournisseur d'accès.

Dans le premier cas, l'internaute qui a eu régulièrement accès à l'œuvre et la consulte en ligne effectue quelques actes de reproduction qui pourraient, a priori, être regardés comme donnant prise au monopole. Il n'est pas totalement possible, pour aboutir à la solution contraire, de faire un parallèle avec les actes nécessaires accomplis par l'utilisateur légitime d'un logiciel. En effet, si la reproduction en mémoire vive de l'utilisateur d'un programme d'ordinateur échappe logiquement au droit d'auteur, c'est, d'une part, parce qu'il est

impossible à l'utilisateur de faire autrement que d'accomplir cet acte et que, d'autre part, la reproduction est volatile. Si la reproduction en "cache" est également nécessaire à l'utilisation de l'œuvre, la reproduction réalisée n'est pas aussi éphémère puisqu'elle peut rester en mémoire alors même que la communication a été coupée ou que le système a été mis hors tension. Toutefois, il serait tout à fait possible d'admettre l'adoption d'un texte excluant la soumission de cet acte aux droits d'auteur et connexes dès lors que la mise à la disposition du public a été, en amont, régulière.

Il est, en revanche, pour parvenir à la même solution, hors texte, tout à fait impossible de faire un parallèle avec la tolérance manifestée à l'égard des lecteurs qui feuilletent un ouvrage dans une librairie (d'où le succès du mot "browsing"). Envisagée non du point de vue de l'internaute mais de celui qui rend l'œuvre ainsi accessible au public, il faut bien constater que la pratique du feuilletage ou butinage sur les réseaux suppose qu'il y ait eu, en amont, un acte de communication au public qui doit avoir été effectué dans le respect des droits de propriété intellectuelle.

Peut-on aller encore plus loin et admettre la liberté de réaliser des copies de sites afin de fluidifier la communication des œuvres sur les réseaux? C'est poser la question du régime des "caches" réalisés par les fournisseurs d'accès qui espèrent ainsi s'économiser des traversées transatlantiques pour la consultation d'un site. Les raisons invoquées (rapidité, commodité, encombrement de la bande passante...) sont parfaitement compréhensibles mais il n'en reste pas moins que l'on est, ici, dans le domaine de la commodité et non dans celui de l'inévitable. Au surplus, à l'inverse de ce qui se passe dans les ordinateurs de routage, la copie n'est pas, dans ces hypothèses, volatile. Alors que l'absence de soumission aux droits de propriétés intellectuelles pouvait apparaître comme une évidence dans le cas de la circulation de l'œuvre, elle serait, ici, une solution non naturelle qu'il ne conviendrait d'envisager qu'avec circonspection et ne faudrait admettre qu'au prix du respect d'un certain nombre de conditions.

On le voit, l'avenir est difficile à cerner s'agissant des limites internes. Ce flou s'étend au présent lorsque l'on s'interroge sur les limites externes.

DEUXIÈME PARTIE : LES LIMITES EXTERNES

Il a été constaté que les limites internes au droit d'auteur et aux droits connexes pouvaient s'expliquer par la prise en considération d'intérêts autres que ceux des créateurs. Il ne faut pas s'étonner que des considérations voisines viennent fixer d'autres limites, extérieures, celles-ci aux droits d'auteur et connexes. Ces derniers, ne peuvent en effet vivre en marge des autres logiques du droit. Constaté qu'il s'agit de droits spéciaux dont l'existence est amplement justifiée ne change rien à l'analyse. Leur autonomie est naturellement limitée par d'autres considérations qui sont parfois supérieures à celles qui les fondent.

La matière devrait donc être assez riche. Le vrai danger pour les droits d'auteur et connexes du XXIème siècle viendra certainement du droit de la concurrence. Tenter toute étude de droit comparé est, ici, encore plus délicat. D'abord parce que cela suppose de maîtriser parfaitement, au-delà du contenu des différents textes de propriétés intellectuelles, les logiques et contenus de nombreuses disciplines de différents systèmes. Ensuite parce que

les interférences entre les grandes catégories de droits ne peuvent être les mêmes en différents endroits. Il faut, en effet, tout de suite constater que les États qui ont déjà fortement intégré ces logiques, que le droit d'auteur et les droits voisins ne peuvent ignorer, au sein même de leur législation relative à la propriété littéraire et artistique, ont peu recours à ces correctifs extérieurs. Cela leur paraît inutile ou redondant. Pour les autres, et pour aller à l'essentiel, on constatera que ces constructions juridiques externes sont des mécanismes correcteurs empruntés à la théorie générale ou aux principes généraux du droit. Certains permettent de s'opposer à un usage anormal du droit (§1). D'autres, viennent de la prise en considération de l'intérêt général, supérieur à l'intérêt des créateurs et auxiliaires de la création (§2). Il est vrai, cependant, que cette distinction a plus de valeur pédagogique que scientifique dans la mesure où, d'une part, certains mécanismes empruntent aux deux logiques et où, d'autre part, les constructions évoluent, glissant d'un fondement à un autre.

1. Les correctifs à l'usage anormal du droit

Abus du droit - C'est une idée communément répandue que de considérer que les droits, même absolus, doivent être exercés normalement. La théorie de l'abus du droit permet, dans certains États, de sanctionner celui qui pervertit sa prérogative en l'exerçant mal. Soit que ce dernier agisse en étant guidé par une intention de nuire, soit qu'il détourne la prérogative qui lui est accordée de sa finalité, soit que l'exercice projeté ne soit justifié par aucun intérêt légitime.

Sans doute serait-il été intéressant de faire apparaître la place à accorder à chacune de ces situations. En s'en tenant à une approche générale on peut cependant faire apparaître que la théorie permet de préciser la déontologie qui s'impose aux auteurs et la façon dont ils doivent exercer leurs prérogatives. Ainsi, appliqué à notre discipline, l'abus de droit permet de déterminer un "code de bonne conduite à l'usage des auteurs qui exercent leurs droits". Ce correctif paraît cependant moins développé ou inconnu dans certains États. Il est surtout admis dans les pays où le système des exceptions est dit "fermé". En fait, s'agissant du droit d'auteur, il s'agit surtout d'instaurer un correctif dans les systèmes qui offrent une place centrale au créateur de l'œuvre. Dans ces derniers, on prône une certaine prudence dans le maniement de la théorie. Il convient de n'intervenir qu'en présence de dérives manifestes. Pourtant, les Français n'hésitent pas à appliquer la théorie à ce qu'ils ont de plus "sacré" dans le droit d'auteur : le droit moral, prérogative "personnalissime", parfois qualifiée de discrétionnaire. Mais dans tous les cas, il ne s'agit pas d'une limite au droit lui-même, pris intrinsèquement, mais d'un correctif à l'exercice qui en est fait. Paradoxalement, ce mécanisme n'affaiblit pas le droit d'auteur. Au contraire. Alors qu'un droit exercé de façon abusive entraînerait un rejet général et global du droit d'auteur au risque d'une certaine ineffectivité, la présence du correctif rassure et rend le droit d'auteur plus fort ou mieux accepté en ce que les tiers se savent à l'abri d'abus potentiels. Reste que, comme pour toutes les choses dangereuses, on doit faire un usage modéré de cette théorie.

Protection du consommateur - Bien que cela puisse paraître étonnant, on peut rapprocher ces solutions de celles dégagées à propos de la protection du consommateur dans la mesure où il semble que le droit de la consommation ne permette pas d'apporter une limite à la liste ou la teneur des droits, mais seulement à l'exercice qui est fait de ceux-ci.

L'examen des limites que le droit de la consommation peut apporter aux propriétés intellectuelles avait été mis au programme des journées de l'ALAI de Cambridge en

septembre 1998. Les rapports nationaux qui avaient été établis ont fait apparaître que cette question avait été ressentie par les universitaires, à la fois utilisateurs d'œuvres et créateurs, comme une véritable provocation. Rien dans les maigres débats n'a permis de faire apparaître qu'il existait de bons arguments qui permettent à cette discipline d'apporter des tempéraments extérieurs aux droits de propriétés intellectuelles et cela alors même que les intervenants étaient bien davantage consommateurs que producteurs d'œuvres.

Droit de la concurrence - En poursuivant dans la même voie on pourrait se demander si l'on ne devrait pas traiter, en partie sous cet angle, certaines des solutions retenues en matière de droit de la concurrence? Là encore, ce n'est, normalement, pas la teneur du droit (c'est du moins à espérer) qui est en cause mais l'exercice qui en est fait par certains.

Le propos, cependant, mériterait d'être nuancé. D'une part, car il faut bien admettre qu'en retenant ces solutions les tribunaux apportent de sérieuses limites au caractère absolu ou exclusif du droit d'auteur. D'autre part, parce que, souvent, la réaction des juges est justifiée par d'autres raisons qu'ils n'osent avouer. Ainsi, on ne peut ignorer que c'est en présence d'œuvres participant - au mieux - de la "petite monnaie" de la propriété littéraire que le droit de la concurrence vient limiter le droit d'auteur. En fait, il y a restriction au droit d'auteur parce que l'on n'a pas respecté d'autres limites : celles des frontières du droit d'auteur (la jurisprudence des Communautés européennes le démontre). C'est retrouver, ici la logique de la pluralité de limites exposée en début d'étude. Faute d'être vigilants à propos des frontières (qu'est ce qu'une œuvre? qu'est ce que l'originalité?), l'on doit constater des répercussions sur le terrain du contenu des droits. Comme s'il ne pouvait exister, à propos des "petites œuvres", que des "petits droits". S'il y indiscutablement une logique dans ce mouvement, il y a aussi des risques. A perdre de vue les raisons des propriétés intellectuelles on pervertit la matière qui subit brutalement des contrecoups. Or ces derniers peuvent être dévastateurs. A supposer qu'ils ne détruisent pas la matière (mais qu'est ce que le droit d'auteur sans exclusivité?) ils peuvent en effacer la cohérence.

Droits de la personnalité - La réaction du corps juridique, on le voit, peut être vigoureuse. Il en est de même à propos des droits de la personnalité. Ainsi, tous les systèmes qui connaissent une conception forte des droits de la personnalité acceptent que cette théorie puisse limiter les droits des créateurs et des auxiliaires de la création. Certes, la sanction ne peut être dans la négation du monopole. Mais il est loisible d'empêcher l'exploitation de l'œuvre ou de l'élément protégé ainsi que d'imposer des transformations à la création.

On voit que ce n'est pas seulement le droit patrimonial que la théorie limite mais aussi les droits moraux. L'observation est d'autant plus remarquable que les études sur les exceptions aux droits s'intéressent généralement aux seuls droits patrimoniaux. On voit que l'examen, plus large, des limites touche aussi cette prérogative plus personnelle (voir supra, les développements relatifs à la théorie de l'abus de droit). Il est vrai que le phénomène n'a pas la même ampleur dans tous les systèmes. L'explication en est simple et réside dans la constatation que si l'accord sur le contenu des droits patrimoniaux semble pouvoir être peu à peu atteint, l'opposition sur le terrain des droits moraux est, aujourd'hui encore, criante.

2. Les limites tirées de la prise en considération de l'intérêt général

Le souci de respecter l'intérêt général est indiscutable. L'observation est si vraie que la plupart des systèmes juridiques ont su insérer cette considération dans leur législation de droit d'auteur et de droits connexes (A). Le rappel de cette préoccupation est nécessaire si l'on veut comprendre pourquoi les "assauts" venant de l'extérieur de la discipline doivent être écartés, même s'ils sont fondés sur une logique de protection des droits de l'homme (B).

A. Du souci de respecter l'intérêt général

Lors des discussions du premier congrès de l'Association Littéraire Artistique Internationale de 1878, Victor Hugo (intervention in Congrès littéraire international de Paris, 1878, Paris 1879, p. 276), fondateur de l'association, estimait que *"la propriété littéraire appartient plus que toute autre à l'intérêt général"*. La position du grand auteur français était d'autant plus intéressante qu'elle émanait non pas d'un utilisateur d'œuvres mais de l'un des créateurs les plus féconds de l'histoire de la Littérature française. Elle tranchait totalement avec les idées romantiques qui étaient en vogue à l'époque et le principe, répété à l'envi en France depuis la Révolution, suivant lequel *"la propriété littéraire est la plus sacrée de toutes les propriétés"*. Le dix-neuvième siècle ayant été, en Europe, celui de la découverte de la condition d'originalité et de la reconnaissance du droit moral, deux constructions qui traduisent le lien éminemment personnel qui unit l'auteur à son œuvre, l'affirmation du poète avait de quoi faire réfléchir. Le moins que l'on puisse dire est que l'évolution actuelle, dans les textes internationaux, montre une prise de conscience en faveur de l'intérêt général.

On ne peut s'en étonner dans la mesure où certaines législations ont été, dès l'origine, bâties, au moins pour partie, en considération de cet intérêt. Dès 1787, la Constitution américaine déclarait que *"le Congrès a le pouvoir... de promouvoir le progrès de la science et des arts utiles en assurant pour un temps limité aux auteurs et inventeurs un droit exclusif sur leurs écrits et découvertes respectifs"*. Certes des études doctrinales (J. Ginsburg, "A Tale of two copyrights : literary property in Revolutionary France and America" : R.I.D.A, janvier 1991, pp 125-289) ont montré que les revendications personnelles des auteurs n'étaient pas méconnues et que les textes à venir devaient réaliser un équilibre entre les intérêts des uns et les droits des autres, mais la première loi américaine des États Unis d'Amérique sur le droit d'auteur indiquait, en 1790, dans son titre, qu'il s'agissait d'agir pour *"l'encouragement du savoir en prévoyant que les exemplaires de cartes géographiques, de cartes marines et de livres appartiendront aux auteurs et aux détenteurs desdits exemplaires pendant les durées mentionnées dans le présent texte"*. Aujourd'hui encore, l'idée que le droit d'auteur devrait être utilisé en tant que moyen de favoriser l'instruction publique subsiste. C'est sur ce fondement que certains espèrent voir prononcée l'inconstitutionnalité des nouveaux textes américains (octobre 1998) étendant la durée de la protection.

Cette "balance des intérêts" est également présente dans les textes internationaux. Ainsi, la Convention de Berne admet des licences obligatoires de reproduction et de traduction en faveur des pays en voie de développement. Sur le fondement de ce texte, nombre d'États prévoient des dérogations ponctuelles au profit des bibliothèques ou d'organismes d'archives. Ou encore, pour des raisons analogues, en faveur des musées ou même de certains groupements ne poursuivant pas de but lucratif. Le fait est d'autant plus remarquable que, dans ses premières rédactions, la Convention ne traitait que des droits des seuls auteurs même si les intérêts d'autres personnes étaient évoqués pendant les réunions préparatoires.

Mais qu'en est-il hors textes spécialisés?

B. De l'influence des droits de l'homme

Il faut, à cet égard, constater que l'article 27 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 peut donner lieu à deux lectures différentes. Ce texte dispose que :

«1. *Toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer au progrès scientifique et aux bienfaits qui en résultent.*

2. *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur.* »

Soit l'on considère que cette disposition consacre dans un même souffle les droits du public et ceux de l'auteur en sorte qu'il n'y a pas lieu de sacrifier les uns aux autres. Soit l'on insiste sur l'ordre de présentation et l'on estime que, de ce fait, il y a la marque d'une subtile hiérarchie, les droits du public venant avant l'intérêt des créateurs. La terminologie est également troublante : prendre part à la vie culturelle est un "droit" alors qu'il n'est question pour les créateurs que de la protection de leurs "intérêts". Dans les textes de propriétés intellectuelles c'est la solution inverse qui est retenue.

Une réflexion identique doit être conduite à propos de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 10. 1 précise que "*toute personne a droit à la liberté d'expression* ", celle-ci comprenant "*la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées* ". Ce texte a permis à la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 25 août 1998, Hertel cl Suisse) d'affirmer que cette liberté est un des "*fondements essentiels d'une société démocratique*" en ce qu'elle favorise le progrès et "*l'épanouissement de chacun*". Peut-on en déduire que chaque être dispose désormais du droit de recevoir tout élément de connaissance sans que l'on puisse lui opposer tout droit préexistant, notamment de propriété intellectuelle?

La difficulté vient de ce que les œuvres sont le plus souvent les véhicules de ces éléments de connaissance. Afin de permettre l'accès au savoir qu'elles portent les œuvres de l'esprit devraient être librement reproduites. C'est sur ce fondement qu'un Tribunal français (Tribunal de Grande Instance de Paris, 23 février 1999, précité, p. 21) a cru pouvoir découvrir une nouvelle exception au droit d'auteur en matière de reproduction et de représentation télévisuelle. A supposer ce raisonnement admissible, quel devrait être le régime de cette restriction au droit d'auteur? Y a-t-il exception véritable au droit en sorte que l'œuvre pourrait être librement et gratuitement reproduite afin que l'information puisse être facilement accessible? Ou faut-il n'admettre que la disparition de l'exclusivité et prévoir l'existence d'une licence obligatoire ou d'un droit à rémunération? La deuxième solution tenterait de réaliser un équilibre entre deux intérêts contradictoires sans totalement méconnaître les droits des auteurs. La première solution irait jusqu'au bout de la logique de diffusion des connaissances. Si ce qui est en cause est véritablement la diffusion du savoir, on ne voit pas pourquoi cet accès à la connaissance devrait être payant. Mais à la vérité l'option qui vient d'être présentée peut paraître bien théorique. Pareil raisonnement n'a de sens que dans une logique de "balance interne des intérêts". L'inconvénient de l'intervention des correctifs

externes aux propriétés intellectuelles est, outre leur brutalité, que ces derniers se situent dans une logique parfaitement différente.

On peut cependant avoir de sérieux doutes sur la pertinence d'une pareille construction et quelques arguments peuvent être proposés pour rejeter l'une ou l'autre de ces solutions.

En premier lieu, on l'a déjà dit, le prétendu droit à l'information ne devrait fonder qu'un accès aux éléments de connaissance mais non l'autorisation de reproduire librement les œuvres. La confusion vient de ce que l'information est un "*message quelconque exprimé dans une forme qui la rend communicable à autrui*" (P. Catala, "La propriété de l'information", Mélanges offerts à Pierre Raynaud, Dalloz 1985, p. 97 et s., spéc. p. 99, n° 6). Étymologiquement, le mot information vient du latin "informare" qui signifie mettre en forme. Dans l'esprit de certains cela implique que pour bénéficier de ce "droit d'accès" à ce message il faut pouvoir "utiliser", à son gré, l'œuvre qui éventuellement la porte. Mais c'est en fait confondre l'élément de connaissance et la forme que celle-ci prend. Le droit à l'information ne devrait porter que sur les messages et les éléments de connaissance. Si cette distinction n'est pas faite, en poussant la confusion plus loin, et en inversant la logique, on en viendrait à considérer que toute œuvre est une information et doit donc être offerte au public. Mais il faut encore et toujours le répéter, il y a là une confusion qu'il est nécessaire d'éviter : le droit d'auteur ne portant pas sur les idées mais sur la simple forme, les œuvres, elles-mêmes, ne devraient pas être concernées par ce raisonnement. Le savoir contenu, assimilable à des idées, est de toute façon de libre parcours. Pourquoi faudrait-il admettre une nouvelle exception concernant les œuvres alors même que la matière qu'elles véhiculent et qui est recherchée est, de toute façon, librement disponible ? On ajoutera que les auteurs ne sont pas responsables de l'éventuelle inégalité dans l'accès à l'information. Dès lors, pourquoi devraient-ils, eux, subir le poids de mécanismes correcteurs ?

En deuxième lieu, une autre confusion doit être évitée. Une chose est de dire que le droit d'auteur trouve une limite dans l'intérêt public, une autre est de considérer qu'il doit recevoir la même restriction dans l'intérêt du public. Seul le premier se confond avec l'intérêt général ou le Bien Commun. Il ne faudrait surtout pas oublier que c'est devenu un réflexe pour les contrefacteurs que de tenter de justifier leurs actes illicites par la prétendue recherche d'un hypothétique intérêt général.

En troisième lieu, on remarquera que ce mouvement annoncé s'opposerait radicalement à celui qui s'amorce, en sens inverse, à propos de la création d'un droit sui generis au profit des producteurs des bases de données. On sait que la solution est désormais admise dans tous les États de l'Union européenne (transpositions de la Directive du 11 mars 1996). Ce n'est pas à dire que l'auteur de ce rapport approuve la création de ce nouveau droit mais il faut néanmoins constater que dans la recherche d'un équilibre entre droit à l'information et droit sur l'information, des choix ont déjà été faits (mais il est vrai que c'est le plus souvent la "sur-réservation" qui engendre les réactions brutales, voir l'affaire Magill).

En quatrième lieu, même en faisant abstraction de cette construction hors norme et, pour l'heure, admise par certains États seulement, il faut bien constater que les solutions de droit d'auteur et de droits voisins prennent déjà en considération, sous des formes différentes, ces aspirations et le souci de la diffusion du savoir. C'est le cas de l'exception de citation admise partout. C'est également le cas dans les systèmes qui admettent des exceptions à des fins d'éducation ou d'archivage. Sans compter que tous les systèmes, même les plus fermés, connaissent des variations dans la mise en œuvre des solutions suivant que l'on est en présence d'une œuvre d'Art Pur ou une œuvre informative. Ainsi les dispositions relatives au

“fair use” en portent indiscutablement la trace à l’article 107 2) en faisant référence à “la nature de l’œuvre protégée”, tandis que l’Assemblée Plénière de la Cour de cassation française, le 30 octobre 1987, a fait preuve de beaucoup de hardiesse dans l’affaire Microfor en admettant très largement le droit de citation à propos de la reproduction d’articles de journaux (œuvres informatives) dans une base de donnée canadienne.

Mais au-delà de ces critiques on doit se demander si les textes internationaux précités autorisent vraiment cet “effacement” brutal du droit d’auteur? En réalité, le principe posé par la Convention européenne des droits de l’homme n’est pas lui-même sans limites. L’article 10.2 prévoit ainsi des tempéraments en précisant que “*l’exercice de ces libertés (consacrées par l’article 10.1) comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, (...) à la réputation, ou des droits d’autrui (...)*”.

Comment faut-il interpréter la formule? Un élément de réponse est apporté par l’article 1 du premier protocole additionnel de la Convention qui précise que “*toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens “ et que” nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d’utilité publique (...)*”. Il semble que la formule large (“propriété”) de la disposition puisse concerner “tout droit privé [s’analysant] en une valeur patrimoniale” (CEDH, 26 juin 1986, Van der Marle) et englober les droits de propriétés intellectuelles (en ce sens, Chr. Caron : La Convention européenne des droits de l’homme et la communication des œuvres au public : une menace pour le droit d’auteur? : Com. com. elec. n°1, 9 & s.).

On ajoutera que le droit d’auteur ayant été lui-même érigé au rang de droit de l’homme, on comprendrait mal que le droit à l’information (ainsi tempéré) puisse faire disparaître le droit d’auteur! La Cour de cassation néerlandaise semble, en tous cas, l’avoir refusé (17 décembre 1993; citée par A. Lucas, Droit d’auteur et numérique, litec, 1998, §365).

L’argumentation perd son poids lorsque l’on considère les droits voisins pour lesquels le caractère de droit de l’homme n’a jamais vraiment été évoqué. On a, certes, vu que les exceptions de droit d’auteur et de droits voisins doivent être proches afin que le système ne débouche pas sur une mise en œuvre délicate. Toutefois, la règle est généralement comprise de la façon suivante : les titulaires de droits voisins doivent subir les mêmes exceptions que ceux de droit d’auteur. Il n’est pas dit que ces titulaires de droits voisins doivent pouvoir bénéficier de droits assortis de limites identiques à celles du droit d’auteur. Dès lors, dans les cas où les droits d’auteur ne sont pas présents (œuvre dans le domaine public ou document non protégé) et alors même qu’il demeure un droit voisin (interprétation récente d’une œuvre du début du 19^e siècle, vidéogramme...) ne faudrait-il pas considérer que les droits voisins doivent céder le pas devant les nécessités de l’information? L’admission de pareille solution conduirait à se reposer la question de l’intérêt d’une reconnaissance des droits voisins. A quoi bon avoir pris son temps pour consacrer la reconnaissance des droits voisins (qui ne sont pas cinquantenaires alors que le droit d’auteur est deux fois centenaire) si c’est pour ruiner immédiatement la construction patiemment et méticuleusement élaborée? C’est une nouvelle fois se poser la question de la légitimité des correctifs externes aux droits de propriété intellectuelle. Même si les justifications paraissent bien différentes suivant la série de droits concernés, un minimum de cohérence est nécessaire.

Enfin, il conviendrait de s’interroger sur les conséquences de pareille exception. Certes les restrictions ainsi apportées aux propriétés intellectuelles bénéficieraient ainsi, en bout de chaîne, au public. Mais, en réalité, les personnes qui en profitent sont surtout les

intermédiaires qui reproduisent ou diffusent les œuvres ainsi porteuses de connaissances. Or celles-ci sont tout sauf des personnes physiques pour lesquelles l'information est un droit de l'homme. Il s'agit de personnes dont le commerce des œuvres est le métier et constitue une importante source de revenus. Ainsi, dans la décision précitée rendue par le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 23 février 1999, le bénéfice de cette nouvelle exception était demandé par une chaîne publique de télévision. Peut-on véritablement mettre en avant la Convention européenne des droits de l'homme? Peut-on véritablement songer à éliminer le droit d'auteur, droit fondamental, au nom d'une logique pervertie?

Il y a plus. Comment cette chaîne de télévision réagirait-elle si les téléspectateurs prenaient ensuite l'initiative de faire reproduire puis représenter ses programmes dans des établissements éducatifs sans solliciter son accord? Quelle que soit l'origine (interne aux propriétés intellectuelles ou externe) d'une exception, cette dernière doit être dotée d'une cohérence. Par symétrie entre l'aval et l'amont, l'intermédiaire qui met en avant un prétendu droit à l'information pour échapper aux propriétés intellectuelles et diffuser gratuitement des œuvres ou éléments protégés devrait à son tour subir cette exception sur ses propres programmes dans ses relations avec les futurs utilisateurs de ceux-ci. Par application de la théorie de "l'arroseur-arrosé", les exploitants seraient ainsi privés d'une partie de leur retour sur investissement.

En définitive, il paraît dangereux d'admettre le jeu brutal de ce mécanisme correcteur. Il ne faut perdre de vue que tous les droits de propriétés littéraires et artistiques sont bâtis sur la recherche d'un équilibre interne. Il n'est pas douteux que l'économie actuelle de la propriété littéraire et artistique est un compromis visant à assurer un équilibre entre trois finalités sociales : une récompense accordée à l'auteur; la protection des investissements; la satisfaction des besoins des utilisateurs.

Cela transparaît dans la construction de ces législations et est proclamé ouvertement dans les déclarations d'intentions qui accompagnent les textes nouveaux. Il en est ainsi du préambule du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur du 20 décembre 1996 qui énonce la "nécessité de maintenir un équilibre entre les droits des auteurs et l'intérêt du public général". Ou encore, de certains considérants des directives communautaires. C'est le cas dans la proposition sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information (version du 21 mai 1999) :

"2. considérant que le Conseil européen de Corfou des 24 et 25 juin 1994 a souligné la nécessité de créer un cadre juridique général et souple au niveau de la Communauté pour favoriser le développement de la Société de l'information en Europe; que cela suppose notamment l'existence d'un Marché intérieur pour les nouveaux produits et services ; que d'importants actes législatifs communautaires visant à instaurer un tel cadre réglementaire ont déjà été adoptés ou sont en voie de l'être; que le droit d'auteur et les droits voisins jouent un rôle important dans ce contexte, car ils protègent et stimulent la conception et la commercialisation de nouveaux produits et services, ainsi que la création et l'exploitation de leur contenu créatif;

2bis. considérant que l'harmonisation proposée contribue à l'application des quatre libertés du marché intérieur et porte sur le respect des principes fondamentaux du droit et notamment de la propriété - dont la propriété intellectuelle - de la liberté d'expression et de l'intérêt général.

3. *considérant qu'un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur et des droits voisins, en améliorant la sécurité juridique et tout en respectant un niveau élevé de protection de la propriété intellectuelle, encouragera des investissements importants dans des activités créatrices et innovatrices, notamment dans les infrastructures de réseaux et, à terme, favorisera la croissance et la compétitivité de l'industrie européenne, et cela aussi bien dans le secteur de la fourniture de contenus que dans celui des technologies de l'information et, de façon plus générale, dans de nombreux secteurs industriels et culturels; que ce processus permettra de sauvegarder des emplois et contribuera même à en créer".*

Les inspireurs de ces textes sont donc conscients des enjeux et des équilibres à atteindre. Ce n'est pas à dire qu'il faille considérer que toutes les revendications sont à mettre sur le même plan. Il ne faut pas oublier que si l'on évoque, à juste titre, les "intérêts" du public, le postulat de départ demeure que les auteurs ont, eux, des droits. L'importance de ces derniers n'est douteuse pour personne. La Constitution américaine, elle-même, dont le souci proclamé est l'intérêt général, use du terme "assurant" ("securing") et non du mot "accordant" à propos de l'attribution des droits de propriété intellectuelle. C'est dire que l'existence de droits des auteurs s'impose naturellement. A partir du moment où l'équilibre nécessaire entre les différentes aspirations est recherché par une construction interne aux propriétés intellectuelles il y a grand danger à admettre que les correctifs extérieurs puissent être facilement admis. "La balance des intérêts" se retrouve clairement dans les textes récents. Ainsi les directives communautaires sur des "créations-outils" comme les programmes d'ordinateur ou les bases de données n'hésitent pas à aller assez loin encore en reconnaissant expressément plus de droits à l'utilisateur légitime. Pourquoi faudrait-il encore aller au-delà? Il serait dangereux d'admettre un changement insidieux et non contrôlé de logique. Tolérer quelques correctifs est une chose laisser s'imposer un nouveau paradigme en est une autre.

Dans cette recherche d'un équilibre il convient donc d'être prudent et le nombre ne fait pas la raison. Face à lui, l'auteur a un public, que l'on souhaite important, de plus en plus consommériste et utilisateur de biens culturels. L'œuvre est, alors, perçue comme un produit quand ce n'est pas comme un outil...! Le glissement n'est pas neutre et peut changer la perception du juge lorsque le public mettra en avant le caractère "essentiel" de l'œuvre pour que soient jugés égoïste le point de vue d'un seul et insupportables les prétentions du créateur. Cette dérive est en germe dans la jurisprudence communautaire au-delà de l'affaire Magill. Ainsi, le considérant n° 131 de la décision rendue le 12 juin 1997 par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes, énonce que "*le refus [d'accorder une licence] opposé à la requérante ne pourrait relever de l'interdiction de l'article 86 que s'il concernait un produit ou un service qui se présente soit comme essentiel pour l'exercice de l'activité en cause, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel, soit comme un produit nouveau dont l'apparition serait entravée, malgré une demande potentielle spécifique constante et régulière de la part des consommateurs*". Le droit d'auteur pourrait être ainsi sacrifié sur l'autel commun du droit de la concurrence et des intérêts des consommateurs. Si cette voie devait être ouverte, encore conviendrait-il d'en expliquer davantage les raisons. S'il y a parfois une part d'exagération dans l'affirmation du caractère "sacré" de l'œuvre ou du droit d'auteur, personne n'a encore clairement démontré en quoi le droit de la concurrence reposerait sur des fondements supérieurs à ceux du droit d'auteur. Valeur pour valeur, pourquoi sacrifier la nôtre?

Certes, le point d'équilibre n'est pas exactement le même dans toutes les législations et il serait délicat de trouver, aujourd'hui, un centre de gravité commun aux différents systèmes. Si les éléments à prendre en considération sont généralement les mêmes dans tous les États, leur poids n'est pas partout identique. Cet équilibre a été recherché différemment selon les

traditions historiques, sociologiques, philosophiques de chaque pays. Mais c'est justement l'intérêt d'une construction nouvelle dans le cadre de l'OMPI que de tenter de trouver des solutions communes ou, à tout le moins, de diminuer ces différences.

Observations conclusives

L'avènement de la société de l'information a conduit certainement à se reposer des questions fondamentales. Encore faut-il ne pas se tromper de débats. Parler de société de l'information ne doit pas conduire à considérer les œuvres de l'esprit comme de vulgaires marchandises et à n'envisager le droit d'auteur et les droits connexes de demain qu'à l'aune des intérêts des seuls consommateurs. Les droits de propriété intellectuelle ont, de tous temps et en tous lieux, réalisé un équilibre entre des intérêts opposés : auteurs, auxiliaires de la création, investisseurs ou diffuseurs, public, enrichissement du patrimoine de l'humanité... . Cet équilibre doit être préservé.

Ce sont davantage la numérisation et la mondialisation de l'utilisation des créations et éléments couverts par un droit connexe qui suscitent la réflexion. La numérisation conduit à être plus attentif aux pertes subies par les ayants droit tandis que la circulation des œuvres appelle la recherche de solutions moins disparates.

Cette réflexion suppose donc une mise à plat des solutions retenues ou envisageables. Cette nouvelle lecture de la discipline ne peut se faire qu'en **éliminant les fausses justifications** aux exceptions admises : les fondements tirés de raisons sociales paraissent beaucoup plus pertinents que ceux reposant sur de prétendues raisons pratiques. Sans doute sont-ce même, souvent, les contours des droits en cause qui mériteraient parfois d'être mieux cernés.

Cette démarche de clarification est doublement nécessaire. D'abord parce qu'elle donne une meilleure cohérence à la construction à venir. Ensuite, parce qu'elle lui offre une meilleure assise. La loi est pédagogie. Son discours s'adresse naturellement à tous les usagers d'œuvres mais aussi aux juges. Les risques de débordement du droit d'auteur et des droits connexes par le recours à des constructions juridiques externes à ces disciplines (voir, supra, deuxième partie) sont moins grands si ceux chargés de faire appliquer les textes sont persuadés de l'équilibre de la construction retenue et de la pertinence de la solution posée (résultat de la "balance des intérêts").

Une construction harmonieuse des exceptions admissibles reposerait d'abord sur un **socle commun au droit d'auteur et aux droits connexes**. Certes, les raisons qui expliquent les unes paraissent parfois moins évidentes appliquées aux autres. Mais, dès lors que la différence n'est pas absolument fondamentale un souci de simplicité commande un alignement. Il en va de la compréhension et donc de l'effectivité des droits de propriété intellectuelle. Un droit compliqué est rejeté par les utilisateurs d'œuvres et, même, parfois contourné par les personnes qui en comprennent pourtant les fondements et qui étaient malgré tout soucieuses de le respecter. A paraître incompréhensible la propriété littéraire et artistique est perçue comme une taxe ainsi que comme un frein aux activités et à la diffusion du savoir.

Dans la mesure du possible, les exceptions admises devraient être **communes aux différentes prérogatives** attribuées aux différents titulaires de droit. D'abord pour les mêmes raisons de simplicité et de cohérence. Ensuite, parce que le mode de consommation électronique des œuvres conduit à une application simultanée de ces prérogatives. Il est

devenu de plus en plus délicat de faire le départ entre les prérogatives en cause lors de la consultation d'une œuvre sur les réseaux. Serait-il raisonnable d'opposer certaines limites pour la mise en œuvre de certains droits et d'autres exceptions en cas d'opposabilité d'autres prérogatives? Certes, il est sans doute impossible de gommer toutes les différences mais au moins est-il souhaitable de ne pas les multiplier par l'adoption de législations catégorielles et même d'éliminer tout ce qui paraît moins indispensable. Certaines législations modernes (loi suisse du 9 octobre 1992, par exemple) ont commencé à mettre en œuvre pareille démarche (voir, l'article 19 alinéa 1 relatif à l'usage privé).

Dans une pareille approche, **la part des exceptions particulières resterait alors résiduelle** et ne concernerait que les hypothèses pour lesquelles il est impossible de faire autrement. Autrement dit, les solutions de commodité ou les législations "spectacle" doivent être bannies.

Dans ce travail de pédagogie autant que de régulation l'OMPI a, naturellement, un rôle fondamental à jouer. En terme de **technique législative le choix entre approche synthétique et démarche analytique** est bien sûr déterminant. Le choix d'un système ouvert (copié sur le fair use américain) serait naturellement une solution qui permettrait toutes les possibilités d'adaptation sur le terrain. Il paraît le plus à même de répondre, souplement, à la recherche pratique d'un équilibre entre les intérêts en présence. Il n'est pas dit, cependant, que cette option puisse être mise en œuvre partout tant elle suppose un acquis théorique important sur le terrain du droit d'auteur et des droits connexes ainsi que la maîtrise d'une technique juridique au maniement extrêmement délicat. En outre, on pourrait s'interroger sur la réalité de l'harmonisation recherchée.

Faut-il se résoudre à un système fermé? C'est le choix de l'Union européenne. Il paraît raisonnable pour l'heure. Ce qui est vrai d'une communauté d'États proches par leur culture, leur histoire et leur économie, l'est encore plus d'une réunion plus importante de pays aux traditions différentes et aux aspirations divergentes. Sera-ce pour autant le système retenu?

L'Histoire de la Convention de Berne est, à cet égard, édifiante. L'apparition des "cas spéciaux" résultait de l'impossibilité de se mettre d'accord sur un socle commun élargi. La Convention est, elle-même, un compromis entre système ouvert et système fermé. Même si la construction ne prend pas actuellement cette forme, la Convention repose sur une construction à trois étages : exceptions nécessaires; exceptions admises (mais facultatives); exceptions indéterminées mais possibles dès lors qu'elles respectent le "test en trois étapes".

Sans doute serait-il préférable de travailler à l'élargissement de la première catégorie. Certaines exceptions paraissent pouvoir être imposées sans trop de difficultés (utilisation d'une œuvre à des fins de sécurité publique ou pour assurer le bon déroulement d'une procédure administrative, parlementaire ou judiciaire, par exemple; mais l'effort doit être plus large). La limitation, voire l'éradication, de la troisième catégorie serait, peut-être, une bonne chose.

L'observation paraît à contre-courant alors que l'on a constaté la généralisation du **test des trois étapes**. L'extension de cette mesure à toutes les prérogatives et exceptions est la bienvenue mais elle n'est pas la panacée. Elle permet sans doute la préservation des intérêts des ayants droit tout en permettant la recherche d'un équilibre entre les différentes aspirations en présence. Elle est une espèce de garde-fou chaque fois qu'un texte international renvoie aux législations nationales. Dans le fond, elle permet d'opérer une délégation d'une

Convention vers une loi dans un esprit proche de celui qui, dans les systèmes ouverts, réalise une délégation du législateur vers le juge. Mais elle est loin de réaliser une harmonisation.

Explorer la voie du test des trois étapes est sans doute intéressant mais reste à savoir comment et pour quoi faire. L'exemple de l'article 10 du Traité de l'OMPI sur le droit d'auteur est éclairant. Ce texte (intitulé "Limitations et exceptions") dispose :

"1) Les Parties contractantes peuvent prévoir, dans leur législation, d'assortir de limitations ou d'exceptions les droits conférés aux auteurs d'œuvres littéraires et artistiques en vertu du présent traité dans certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur.

2) En appliquant la Convention de Berne, les Parties contractantes doivent restreindre toutes limitations ou exceptions dont elles assortissent les droits prévus dans ladite convention à certains cas spéciaux où il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur".

Comment faut-il le comprendre? Ce texte permet indiscutablement la création de nouvelles exceptions (cas spéciaux) dès lors qu'elles remplissent les conditions du test. Le premier alinéa de la déclaration commune en témoigne : *"Il est entendu que les dispositions de l'article 10 permettent aux Parties contractantes de maintenir et d'étendre de manière adéquate dans l'environnement numérique les limitations et exceptions prévues dans leurs législations nationales qui ont été considérées comme acceptables en vertu de la Convention de Berne. De même, ces dispositions doivent être interprétées comme permettant aux Parties contractantes de concevoir de nouvelles exceptions et limitations qui soient appropriées dans l'environnement des réseaux numériques".*

Mais alors que l'article 10 étend au point 2 la généralisation du test et semble obliger à une nouvelle lecture des exceptions déjà admises à l'aune des conditions du test des trois étapes, le deuxième alinéa de la déclaration commune précise : *"il est aussi entendu que l'article 10.2) ne réduit ni n'étend le champ d'application des limitations et exceptions permises par la Convention de Berne."* ! Il n'est pas sûr que le lecteur non averti s'y retrouve. Il ne faudrait pas que les ambiguïtés qui paraissent subsister laissent aux États membres une marge d'interprétation qui aggraverait les écarts actuels entre les législations.

Si le test des trois étapes doit devenir la pierre angulaire des exceptions aux droit d'auteur et droits connexes, il serait bon d'en éclairer le sens. Et en premier lieu, y a-t-il vraiment trois étapes?

La première consisterait à l'existence de cas "spéciaux" ou "spécifiques" (Union européenne). Mais, à la vérité, c'est un peu résoudre la question par la question. Et si la formule interdit les exceptions généralisées, elle ne conduit pas à exclure l'exception pour copie privée ni même le cas du "fair use" (voir comptes rendus analytiques de la commission principale lors de la négociation du Traité OMPI) pourtant bien larges.

Les deux autres conditions (*"il n'est pas porté atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causé de préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur"*) reposent sur une analyse plus matérielle. Il ne faut pas que les exceptions admises puissent, en réalité, offrir à des tiers des modes d'exploitation concurrents de ceux des ayants droit ni ne causent un

préjudice déraisonnable à ceux-ci. On n'est pas loin de la condition n°4 du "fair use" ("incidence de l'usage sur le marché potentiel de l'œuvre protégée ou sur sa valeur").

Mais quelles conséquences tirer de tout cela?

Est-ce à dire que l'analyse pour un législateur se résume au choix suivant : soit l'exception envisagée causera un "préjudice injustifié" aux intérêts des ayants droit et elle est inadmissible; soit ce préjudice n'existe pas et l'exception peut être adoptée (liberté et gratuité de l'utilisation de l'œuvre ou de l'élément) dès lors qu'elle ne concerne qu'un cas spécial et ne porte pas atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre. Mais comment en être certain au moment où le texte est adopté? La différence fondamentale avec le "fair use" c'est que le juge américain statue en toute connaissance de cause alors qu'un choix législatif représente un saut dans l'inconnu eu égard à l'évolution des techniques et des marchés.

En outre, comment intégrer l'existence d'une solution intermédiaire que peut représenter l'adoption d'un droit à rémunération? Il y a-t-il encore préjudice injustifié si le texte prévoit une compensation équitable? Sur le plan économique, non. Mais le droit d'auteur et les droits voisins ne sont pas constitués d'un simple droit à rémunération. L'adoption d'une exception dans l'exemple précité ferait quand même bon marché d'une des caractéristiques de la propriété littéraire et artistique : le caractère exclusif du droit reconnu.

Enfin, au-delà de ces considérations une dernière donnée doit être prise en considération : la place et les conséquences de l'**adoption de dispositifs techniques**. Les textes les plus récents s'en sont préoccupé et aussi bien les traités OMPI que la proposition de directive communautaire prévoient l'adoption de règles juridiques destinées à protéger les moyens techniques chargés de préserver l'effectivité des droit d'auteur et droits connexes.

Mais à supposer cette construction (droit - technique - droit) achevée et fiable, quelles conséquences en tirer? Les interférences avec les analyses précédentes sont évidentes, au moins pour la troisième condition du test des trois étapes.

Au surplus, ces dispositifs ne tendent-ils pas à substituer un pouvoir technique à une analyse juridique? Est-il loisible d'interdire techniquement là où l'utilisateur disposait juridiquement d'une certaine liberté de reprise? C'est sans doute l'un des points importants des discussions à venir. La question qui se pose alors est celle de mesurer l'impact de ces dispositifs techniques dans les esprits. Conçus initialement comme ripostes légitimes à des dangers créés par l'essor technologique, ces procédés ne doivent pas dégénérer en moyen d'assurer une protection supplémentaire que le droit d'auteur refuserait à juste titre.

Que constate-t-on en effet?

Que grâce à certains procédés défensifs une œuvre est très protégée parce qu'elle est inaccessible sans clé (ou code). C'est dire que pourrait être créée une réserve de fait là où le droit répugnait peut-être à faire jouer le monopole et accordait une exception au profit des utilisateurs. Cela est-il admissible? A priori on pourrait en douter. En agissant ainsi le détenteur de l'œuvre rompt à son profit l'équilibre subtil que le législateur a entendu instaurer lors de l'institution de monopoles. Cette "sur-réserve", non mesurée, risque alors de susciter des réactions brutales et légitimer un discours anti droit exclusif ou de rejet total du droit d'auteur et des droits connexes (riposte sur le terrain d'autres disciplines? Abus de

position dominante?). Il n'est pas vraisemblable que le "domaine public" soit déterminé par des particuliers et non plus par la loi. Le questionnement est, pour l'heure, bien théorique car, en pratique, l'hypothèse a peu de chance de se réaliser. D'aucuns mettent en avant le fait qu'elle est même totalement improbable puisqu'elle suppose que l'œuvre ne soit accessible que sous une forme numérique ou analogique verrouillée et que les protections techniques aient permis de mettre en échec tous les procédés de contournement (d'où l'intérêt de suivre les constructions, techniques et juridiques, en cours sur ce dernier terrain). La question se posera peut-être dans vingt ans mais pas avant. Il est clair, en attendant, que l'ayant droit peut s'arc-bouter sur ses dispositifs techniques pour interdire l'accès à sa matrice. Il ne peut, en revanche, mettre en avant l'existence de ces dispositifs pour pouvoir prétendre interdire l'accès à l'œuvre via des copies non verrouillées qui seraient en circulation. C'est toute la différence entre une situation de fait et un monopole juridique.

Même si les "sur-réservations" techniques ne sont pour l'heure qu'une menace bien lointaine, l'analyse conduit à reposer la question de savoir si les exceptions aux droits sont une **tolérance, une restriction obligatoire ou un droit pour l'utilisateur**. L'expérience belge, lors de la transposition de la directive base de données, est, à cet égard, éclairante. Le professeur Strowel a pu ainsi écrire (Journal des Tribunaux, 1999, p. 297-304, n°24) : "l'adoption de la loi du 31 août 1998 a fourni l'occasion de s'interroger sur le statut des exceptions déjà consacrées dans la loi sur le droit d'auteur. Le nouvel article 23bis LDA qui énonce que les exceptions des articles 21, 22, 22 bis (nouveau) et 23, §1er et §3 sont impératives aura des répercussions pratiques considérables là où les ayants droit avaient tendance à écarter contractuellement les exceptions légales. La consécration de ce caractère impératif des exceptions par le législateur belge a de quoi étonner, quand on constate qu'au même moment, le législateur communautaire propose un système d'exceptions facultatives".

On sait que, dans certains cas, il a pu être affirmé que la copie était un droit et non une faculté. Il en est ainsi en matière de logiciels à propos de la copie de sauvegarde (article 5.2 de la directive du 14 mai 1991). Mais la solution était alors justifiée par le fait que l'on était en présence d'une "création outil" et qu'il fallait, de ce fait, garantir certains droits aux utilisateurs légitimes. Ce droit avait un champ bien limité qui n'autorisait pas la copie privée mais une seule reproduction pour destination précise : la sécurité. En outre, on s'était déjà interrogé sur la faculté d'y déroger indirectement par la mise en place de verrouillages techniques et la remise d'un autre exemplaire à l'utilisateur.

On mesure ainsi que la question des exceptions aux droits d'auteur et droits connexes est encore plus large que celles des frontières externes et internes des disciplines et ne peut être envisagée qu'à la lumière de nombreux paramètres.

[Fin du document]